Der Schutz des Besitzes gegen verbotene Eigenmacht

nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch.

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

Max Ungerer
Referendar aus Straßburg i. E.

Approbiert am 17. Januar 1905.

Borna-Leipzig
Buchdruckerei Robert Noske
1905.

110

Meinem lieben Vater.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung 1

Abhandlung.

I. Subjekte des Besitzschutzes.

§ 1. 1. Der „Besitzer“ 3
§ 2. 2. Der „mittelbare Besitzer“ 6
§ 3. 3. Der Teilbesitzer 14
§ 4. 4. Der Mitbesitzer 16
§ 5. 5. Der Erbbesitzer 18
§ 6. 6. Der Besitzdiener 21
§ 7. 7. Der sogen. Rechtsbesitzer 27

II. Gegenstand des Besitzschutzes.

§ 8. Sachen 31

III. Voraussetzungen des Besitzschutzes.

§ 9. 1. Besitz 34
§ 10. 2. Verbotene Eigenmacht und fehlerhafter Besitz 37

IV. Besitzschutzmittel.

A. Selbstschutz.

§ 11. 1. Selbstverteidigung 47
2. Selbsthilfe.
§ 12. a) Bei beweglichen Sachen 51
§ 13. b) Bei Grundstücken 57

B. Gerichtsschutz.

§ 14. 1. Klage wegen Besitzentziehung 60
§ 15. 2. Klage wegen Besitzstörung 68
§ 16. 3. Einwendungen 72
§ 17. C. Das Aufsuchungsrecht 82
§ 18. D. Der Servitutenschutz 88

Literaturverzeichnis.

Achilles, Das B.G.B.

Affolter, Der Willensmoment beim Besitzerwerb, im Archiv f. bürgerl. Recht Bd. 17 S. 3 ff.

Bähr, im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 2 S. 120.

Bähr, in der Kritischen Vierteljahrsschrift Bd. 30 S. 483.

Baron, Zur Lehre vom Besitzwillen, in Jherings Jahrb. Bd. 29 S. 192.

Bartels, Ausführungen zur Besitzlehre des B.G.B., in Gruchots Beiträgen Bd. 42 S. 645 ff.

Bendix, Besitzlehre nach dem B.G.B., im „Recht" 1900 Bd. 4.

Bekker, Der Besitz beweglicher Sachen, in Jherings Jahrbüchern Bd. 34 S. 1 ff.

Biermann, Kommentar zum B.G.B.. Sachenrecht. 1903.

Binder, Die Rechtsstellung des Erben.

Bruns, Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart. 1848.

Buhl, Das Recht der beweglichen Sachen. 1901.

Bunsen, Einführung in das B.G.B. Bd. 2.

Bunsen, Besitzschutz im B.G.B., im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 23 S. 69.

Burghoff, Der Besitzwille. 1900.

Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 2. 2. Aufl. 1899.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs u. Preußens. Bd. 3. 2. Aufl. 1899.

Endemann, Einführung in das Studium des B.G.B.

Fischer, in der deutschen Juristenzeitung 1898 S. 369.

Fischer-Henle, Handausgabe des B.G.B.

Franck, Der Besitzwille nach dem B.G.B. 1898.

Gärtner, Der gerichtliche Schutz gegen Besitzverlust nach römischem und neuem deutschen Recht.

Gerstel, Der Ersatz des interdictum quod viaut clam im neuen deutschen Recht.

Gierke, Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht nach B.G.B.

Gierke in den Verhandlungen des 24. deutschen Juristentages Bd. 2 S. 1 ff.

Goldschmidt, Grundlagen der Besitzlehre S. 1 ff. (herausgegeben von Göppert), in „Vermischte Schriften" 1901.

Grützmann, Wirkungen des Besitzes, im sächsischen Archiv für bürgerliches Recht Bd. 8 S. 321 ff. 1898.

Haidlen, Das B.G.B.

Haverkamp, Die Widerklage aus dem Recht in Besitzprozessen, im „Recht" 1901 S. 617.

Heinrici, Die Verträge über die Benutzung von Schrankfächern in Stahlkammern, in Gruchots Beiträgen Bd. 44 S. 820.

Hölder, Kommentar zum allgemeinen Teil des B.G.B.

Hussong, Die Widerklage aus dem Recht in Besitzprozessen, im „Recht" 1902 S. 528.

v. Jhering, Der Besitzwille. 1899.

v. Jhering, in Jherings Jahrbüchern Bd. 32 S. 41.

Josef, Erläuterungen zu den Besitzklagen, im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 15 S. 265 ff. 1899.

Klein, Der mittelbare Besitz des B.G.B. 1899.

Kniep, Der Besitz des B.G.B. gegenübergestellt dem römischen und gemeinen Recht. 1900.

Krahé, Der Besitzschutz nach B.G.B. 1899.

Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum B.G.B.

Kuhlenbeck, Handausgabe des B.G.B.

Künkler, Der Selbsthilfeschutz des Besitzers nach § 859 B.G.B. 1899.

Lange, Der Besitzschutz des Pächters. 1899.

Lehmann, Das bürgerliche Recht. Bd. 2.

Leonhard, Vertretung beim Fahrniserwerb. 1899.

Lobe, Über den Einfluß des B.G.B. auf das Strafrecht unter besonderer Berücksichtigung des Besitzes. 1898.

Löwe, Kommentar zur Strafprozeßordnung.

Männer, Das Recht der Grundstücke nach B.G.B. 1899.

Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 2. 1900.

Meisner, Kommentar zum B.G.B. Bd. 3.

Neumann, Handausgabe des B.G.B.

Pagenstecher, Über die verschiedenen Voraussetzungen und Wirkungen des possessorischen Schutzes der Servituten. 1897.

Planck, Kommentar zum B.G.B. 2. Aufl.

Reatz, Der Besitz, in den Gutachten aus dem Anwaltsstande über die 1. Lesung eines B.G.B. S. 747 ff. 1890.

Riso, Das Recht der Eigenmacht nach dem sächsischen und deutschen B.G.B. 1900.

Scherer, Kommentar zum B.G.B.
Schmelzer, Selbstschutz des Besitzers im B.G.B. 1904.
Staudinger-Kober, Kommentar zum B.G.B. Sachenrecht.
Schulenburg, Über den Schutz des Besitzes an Sachen nach B.G.B. 1899.
Strohal, Sachbesitz nach B.G.B., in Jherings Jahrbüchern Bd. 38 S. 1 ff. 1898.
Strohal, Zum Besitzrecht im Entwurf eines B.G.B. für das Deutsche Reich, in Jherings Jahrbüchern Bd. 29 S. 336 ff. 1890.
Turnau-Förster, Liegenschaftsrecht des B.G.B. 1902.
Volkmar, in der deutschen Juristenzeitung 1901 S. 382.
Wartensleben, Die Besitzvererbung. 1899.
Wendt, Der mittelbare Besitz des B.G.B., im Archiv für civilistische Praxis Bd. 87 S. 40. 1897.
Wendt, Das Faustrecht oder Besitzverteidigung und Besitzverfolgung, in Jherings Jahrbüchern Bd. 21 S. 56. 1889.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. 1. 1900.

Motive der 1. Kommission zum 1. Entwurf des B.G.B.
Protokolle der 2. Kommission zum 1. Entwurf des B.G.B.
Denkschrift zu den Entwürfen des B.G.B.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. 35 S. 254, Bd. 23 S. 397.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte (Mugdan-Falkmann) Bd. 4 S. 289, S. 149.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41542702_0138

Einleitung.

Unter „Schutz des Besitzes“ im allgemeinen können alle diejenigen Maßregeln verstanden werden, die bestimmt oder auch nur geeignet sind, dem Besitz Sicherungen und Vorteile angedeihen zu lassen, welche dem Nichtbesitz versagt sind.[1])

Diese im ganzen Rechtsgebiet verstreut normierten Vorschriften zu sammeln und einheitlich wiederzugeben, soll nicht versucht werden. Insbesondere ist auf die Frage, inwieweit dem in seinem Besitze verletzten Besitzer ein Bereicherungsanspruch[2]) oder ein Schadensersatzanspruch einerseits, und inwieweit ihm ein petitorischer Besitzschutz andererseits zusteht,[3]) nicht eingegangen. Ebensowenig sind die Übergangsvorschriften und das Landesrecht einer Behandlung unterzogen.

Vielmehr beschränkt sich die nachstehende Arbeit auf die Darstellung des Besitzschutzes nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche im engeren Sinne, d. h. der besonderen, durch Recht an der Sache nicht bedingten, als selbständige Waffe gegen Beeinträchtigungen des Besitzes, d. h. gegen „verbotene Eigenmacht“ im ersten Abschnitt des dritten Buches des B.G.B. in §§ 859 ff. gegebenen Bestimmungen.[4])

---

[1]) Staudinger Vorbem. IV S. 5.

[2]) Bunsen S. 85 ff.; Kniep S. 418; Strohal S. 56.

[3]) Bunsen S. 91 ff.; Gierke S. 49 ff.

[4]) Darstellung des Besitzschutzes nach römischem und gemeinem Recht der Interdikten, des possessorium ordinarium und der Spolien-

Innerhalb dieses Rahmens sind die Vorschriften über Erwerb und Verlust des Besitzes (§§ 854 ff.) insoweit berücksichtigt, als sie auf den Besitzschutz von Einfluß sind.

Es wird im folgenden von den Subjekten, dann vom Gegenstand, drittens von den Voraussetzungen, und endlich von der Verwirklichung des Besitzschutzes bezw. den Besitzschutzmitteln gesprochen werden.

---

klage ist nicht Aufgabe dieser Arbeit; vgl. hierüber insbesondere Bruns S. 212.

I. Subjecte des Besitzschutzes.

§ 1.

1. Der „Besitzer".

Der erste Entwurf zum B.G.B. ließ in § 797 den Besitz erworben werden „durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache (Inhabung) mit dem Willen des Inhabers, die Sache als die seinige zu besitzen (Besitzwille)".

Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch ist derjenige, welcher auf diese Weise Besitz erwirbt, zwar ebenfalls Besitzer, aber nicht ausschließlich. Er wird deshalb nicht Besitzer genannt, sondern „Eigenbesitzer" (§ 872). „Besitzer" ist im Bürgerlichen Gesetzbuch vielmehr die Bezeichnung für denjenigen, den der Entwurf als Inhaber bezeichnete, also denjenigen, welcher den Besitz „durch Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache" (ohne Besitzwillen) erworben hat.

Wo das Bürgerliche Gesetzbuch[5]) vom „Besitzer" spricht (wenigstens in dem dem Besitze gewidmeten besonderen Abschnitt), meint es zunächst diesen, infolge Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache sie beherrschenden Besitzer. Den Wortstreit zu entscheiden, ob dieser Besitzer zweckmäßiger „unmittelbarer Besitzer",[6])

---

[5]) Nicht auch andere Gesetze, insbesondere nicht das R.St.G.B; vgl. Lobe S. 29.

[6]) Strohal, Planck, Dernburg, Gierke, Bartels u. a. m.

„Zeitbesitzer“, [7]),„Besitzmittler“,[8])„vermittelnder Besitzer“,[9]) „selbständiger Inhaber“[10]) zu nennen ist, ob von „faktischem“, „persönlichem“, „abgeleitetem Besitz“ zu sprechen ist[11]), erübrigt sich hier[12]); die Bezeichnung „unmittelbarer Besitzer“ ist weitaus vorherrschend.

Die Definition des unmittelbaren Besitzers als desjenigen, der die „tatsächliche Gewalt“ über eine Sache erlangt hat, deutet von vornherein auf die Notwendigkeit, der Begriffsbestimmung des Besitzes die „Tatsachen“ zu Grunde zu legen, ohne Rücksicht auf ein etwaiges Recht zum Besitz.[13]) Denn da die Tatsachen mit Zeit und Fortschritt sich ändern, können feststehende Rechtsbegriffe nicht dienen. Als Maßstab hat vielmehr die mit den Tatsachen wechselnde Verkehrsanschauung zu gelten.[14])

Nach der Verkehrsanschauung aber ergeben sich die Tatsachen aus den Beziehungen, welche die gegenwärtig vorhandenen Erscheinungsformen miteinander verbinden, d. h. aus den Zuständen. Die Wechselbeziehungen zwischen

---

[7]) Kniep.
[8]) Bekker.
[9]) Biermann.
[10]) Ihering.
[11]) Wendt.
[12]) Reatz spricht vom „Doppelbesitzer.“
[13]) Krahé S. 17.
[14]) Komm.-Prot. S. 3330—3744: „Tatsächliche Gewalt heißt im stande sein, Dritte von unserm Machtbereich auszuschließen“; Frank: „Sicherheit, eine Sache nach allen Richtungen nützen zu können“; Jhering: „wirkliche Nutzung“; Dernburg: „dauernder Zustand, vermöge dessen sich die Sache in unserer Obhut befindet“; Fischer-Henle (bei derivativem Besitzerwerb): „Möglichkeit gewaltfreien Eingangs“; Bartels: „Kein den Zugang zur Sache hindernder Widerstand“; Schulenburg (bei originärem Besitzerwerb): „sichtbare Besitzergreifung“; Planck: „die von der Verkehrsanschauung anerkannte Herrschaft der Person über die Sache“; Endemann: „das sozial ausgeprägte, befriedete Gewaltverhältnis eines Menschen über eine Sache“.

Besitzer und besessener Sache bedingen einen gewissen gegenwärtigen Zustand; der Besitzer befindet sich der Sache gegenüber, die Sache dem Besitzer gegenüber in einem gewissen gegenwärtigen Zustand, in einer gewissen „Lage". Welcher Natur nun dieser Zustand, diese Lage sein muß, ergibt der Ausdruck „Gewalt", der seinerseits klar auf das Erfordernis der Unmittelbarkeit, der lokalen und temporalen Gegenwärtigkeit der zwischen Person und Sache gesuchten Zustandsbeziehungen hinweist. Denn Gewalt kurzweg bezeichnet ein direktes Eingreifen oder doch die Möglichkeit direkten Eingreifens. Und zwar erstreckt sich das Erfordernis der Unmittelbarkeit nicht nur auf körperlich, sondern auch auf geistig unbeschränkte Beherrschung; denn „Gewalt" schließt, im Gegensatz zum Recht, auch die Willkür als Merkmal ein.

„Besitzer" kann hiernach derjenige genannt werden, dessen Beziehungen zur Sache einen unmittelbaren Herrschaftszustand darstellen, d. h. der nach der Verkehrsanschauung in der Lage ist, gegenwärtig mit einer Sache nach Willkür zu verfahren.[15])[16])

---

[15]) Auch Planck nimmt die Verkehrsanschauung durchweg zum Maßstabe; ebenso bezeichnet Goldschmidt den Besitz als einen Verkehrsbegriff (S. 349); er schreibt dem Besitzer ein Machtverhältnis zu, welches dem Gemeinbewußtsein als tatsächliche Herrschaft erscheint.

[16]) Bei der Beschränkung der vorliegenden Arbeit auf den Besitzschutz ist auf die juristische Natur des Besitzes, eine überaus bestrittene Frage, nicht einzugehen. vgl. z. B. Bunsen S. 70 „subjektives Recht"; Gärtner S. 127 „Recht"; Mot. S. 111 „Rechtsposition"; ähnlich Dernburg S. 43; Cosack S. 60 „Rechtsherrschaft"; Gierke S. 9 „Selbständiges Rechtsverhältnis"; ebenso Kniep S. 431; Bekker S. 65 „Kein subjektives Recht, aber Rechtsverhältnis"; Bartels S. 648 „Subjektives Recht"; Turnau S. 56 „Rechtsposition"; Goldschmidt „Machtverhältnis"; Krahé S. 6 „die gegebene Güterordnung".

§ 2.

2. Der „mittelbare Besitzer".

Die Bezeichnung des „Inhabers" als „unmittelbaren Besitzers" wird nahegelegt durch die Fassung des § 868, welcher den Begriff eines mittelbaren Besitzers aufstellt: „Besitzt jemand eine Sache als Nießbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter, Verwahrer oder in einem ähnlichen Verhältnis, vermöge dessen er einem anderen gegenüber auf Zeit zum Besitz berechtigt oder verpflichtet ist, so ist auch der andere Besitzer (‚mittelbarer Besitzer')."

Somit gibt § 868 zunächst Beispiele unmittelbaren Besitzes, aus welchen ersehen werden soll, welcher Art die Besitzvermittelung sein muß, um den „andern", dem zwar noch gewisse Beziehungen tatsächlicher Gewalt zugeschrieben werden, während er sie doch nicht persönlich und unmittelbar ausübt, zum mittelbaren Besitzer im Gegensatz zu dem in § 855 in Frage kommenden Besitzer zu stempeln. Dem Nießbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter, Verwahrer als unmittelbaren Besitzern stehen als mittelbare Besitzer gegenüber der Nießbrauchsbesteller, der Pfandschuldner, der Verpächter, Vermieter, Hinterleger. Ausdrücklich sind ähnliche Verhältnisse diesen Beispielen gleichgestellt.

Auch hierbei ist die Maßgeblichkeit der Verkehrsanschauung nicht zu verkennen. Wenn diese einem Verhältnis, welches hinsichtlich seiner rechtlichen Konstruktion und seiner rechtlichen Wirkungen mit den genannten kongruiert, die Bedeutung abspricht, daß der unmittelbare Besitzer dem „anderen" gewisse Herrschaftsbeziehungen vermittelt, so kann der Zustand, welcher zur Begründung oder Erhaltung des mittelbaren Besitzes erforderlich ist, nicht als gegeben erachtet werden.[17])

[17]) Gierke S. 7 Anm. 15: „entscheidend ist die durch ein derartiges Verhältnis fortdauernd behauptete tatsächliche Sachherrschaft, die

In den durch § 868 hervorgehobenen Beispielen ist nun der unmittelbare Besitzer dem mittelbaren gegenüber kraft Gesetzes „auf Zeit zum Besitze berechtigt und verpflichtet". An die ausdrückliche Betonung dieses Erfordernisses für die den Beispielen „ähnlichen" Verhältnisse im § 868 hat sich die Streitfrage angeknüpft, ob damit das Erfordernis einer über die in dem Relativsatz ausgesprochenen Voraussetzungen mittelbaren Besitzes hinausgehenden Ähnlichkeit mit dem Nießbrauch usw. aufgestellt oder abgelehnt, bezw. ob für das „ähnliche" Verhältnis von den rechtlichen Voraussetzungen der Beispiele nur die Berechtigung oder Verpflichtung zum Besitz auf Zeit vorgeschrieben sein soll.

Aus der Entstehungsgeschichte des § 868 folgern die meisten, daß dem Ausdruck „ähnlich" eine selbständige, auf weitere Merkmale der aufgezählten Beispiele besonders hinweisende Bedeutung zukommt. Andernfalls müßte man z. B. den Auftraggeber, demgegenüber der in eigenem Namen erwerbende Beauftragte hinsichtlich des aus der Geschäftsführung Erlangten auf Zeit zum Besitze berechtigt und verpflichtet ist, mithin insofern die Voraussetzungen des Relativsatzes erfüllt und in einem den Beispielen ähnlichen Verhältnisse steht, als mittelbaren Besitzer anerkennen. Dies hat die 2. Kommission unter Hinweis auf die juristische Natur des Auftrags mit Recht ausdrücklich abgelehnt.[18])

Es ist auch nicht Zweck der Bestimmung des § 868, den Kreis der mittelbaren Besitzverhältnisse möglichst umfassend zu gestalten; denn dann wäre die Anwendung bei jedem obligatorischen Verhältnis denkbar, was bei der Intensität des die rein faktischen Zustände berücksichtigenden Besitzschutzes eine unleidliche Rechtsunsicherheit zur Folge haben müßte.

---

anerkannte Position als Besitzherr, die Möglichkeit der Verfügung über die Sache".

[18]) Prot. S. 3733: „hier kann von einem mittelbaren Besitz des Auftraggebers nicht die Rede sein".

Die entgegengesetzte Ansicht würde zu dem mit der Besitztheorie des Bürgerlichen Gesetzbuches, welche den Besitzschutz nicht von einem Recht an der Sache abhängig macht, nicht zu vereinigenden Ergebnis führen, daß man jedem, dem ein obligatorischer Anspruch auf Herausgabe einer Sache zusteht, auch wenn es an den von der Verkehrsanschauung geforderten tatsächlichen Machtbeziehungen fehlt, mittelbaren Besitz zuschreiben müßte, wie denn z. B. Wendt dem Finder zumutet, daß er durch den Fundbesitz dem Verlierer mittelbaren Besitz vermittele.[19])

Die hiernach weiter zu fordernde Ähnlichkeit des Verhältnisses mit dem Nießbrauch usw. ist nun in der persönlichen, inneren Beziehung zwischen dem unmittelbaren und dem mittelbaren Besitzer zu erblicken. Planck[20]) verlangt, daß es sich um ein Verhältnis handele, vermöge dessen der Besitzer ebenso wie der Nießbraucher usw. sein Recht oder seine Verpflichtung zum Besitz von einem anderen ableitet. Nach Strohal[21]) hat der bisherige Besitzer dem Nießbraucher usw. den Besitz auf Zeit überlassen, „anvertraut", und dieser Umstand, vermöge dessen der gegenwärtige Besitzer sein nur zeitliches Recht von dem Überlassenden ableitet, macht den letzteren zum mittelbaren Besitzer.[22]) Dies ist durchaus konsequent. Sobald ein solches inneres, von dem obligatorischen Anspruch auf Herausgabe losgelöstes Verhältnis fehlt oder versagt, fehlt oder versagt zugleich die Möglichkeit der Beeinflussung der Sache seitens des mittelbaren Besitzers,

---

[19]) Wendt S. 62 f.; Klein S. 67; Windscheid S. 698; a. M. Planck § 868, 2 bγ; Bartel S. 16; Strohal S. 24; Endemann S. 126; Biermann S. 19; Gärtner S. 147, 149; Gierke S. 7.

[20]) § 868, 2 bγ Abs. 2.

[21]) S. 23.

[22]) Biermann S. 19; Gierke S. 7 Anm. 15; Staudinger § 869a; Schmelzer S. 66.

d. h. die Herrschaftsbeziehung, welche den an tatsächliche Zustände gebundenen Begriff des Besitzes bedingt.

Unter dieser Voraussetzung stellen sich als „ähnliche" Verhältnisse eine Reihe von obligatorischen Rechtsbeziehungen dar. Strohal[23]) erwähnt: Aufbewahrung, Transport, Bearbeitung, Einräumung eines Faustpfandes, Leihe, Nießbrauch im Falle des § 1052; ferner das Besitzverhältnis der Eheleute am eingebrachten Gut der Frau nach § 1373, das Besitzverhältnis des Inhabers der elterlichen Gewalt nach §§ 1627, 1638, 1649, 1684, und des Testamentsvollstreckers nach §§ 2205, 2217, 2218; Biermann[24]) erkennt auch den Vormund nach §§ 1793, 1890, 1897 als unmittelbaren, den Mündel als mittelbaren Besitzer am Mündelsvermögen an. Planck[25]) hebt ferner hervor das Besitzverhältnis des Pflegers (§ 1915), des Nachlaßpflegers (§§ 1960, 1961), des Nachlaßverwalters (§§ 1975, 1985, 1986), dann des Wohnungsberechtigten (§ 1930); ferner des Ehemannes an den ihm zur Verwaltung überlassenen, zum Vorbehaltsgut gehörenden Sachen der Frau (§ 1430); weiterhin den mittelbaren Besitz dessen, der über eine Sache mittels Konnossements, Ladescheins oder Lagerscheins verfügen kann (H.G.B. 369, 1, 397, 410, 421, 440, 2; Binnenschiffahrtsgesetz § 26).[26]) Streitig ist auf Grund der Voraussetzung, daß der unmittelbare Besitzer dem andern gegenüber auf Zeit zum Besitze verpflichtet oder berechtigt sein muß, ob der Erbbauberechtigte in einem „ähnlichen" Verhältnisse besitzt (§ 1012). Die Frage ist zu bejahen, da der Erbbauberechtigte nur auf die Dauer seines Rechtes, welches bedingt oder befristet sein kann,[27])

---

[23]) S. 20ff.
[24]) S. 19.
[25]) a. a. O.
[26]) Buhl S. 28.
[27]) Achilles § 1012 Anm. 3.

also auf Zeit zum Besitze berechtigt ist,[28]) und da, wie Gierke[29]) schreibt, „dem ewigen Eigentum gegenüber immer ein zeitweiliges Besitzverhältnis vorliegt".[30])

Eines der deutlichsten Merkmale schließlich für die „Ähnlichkeit" des zu beurteilenden Verhältnisses wird in der Regel die Berechtigung oder Verpflichtung des unmittelbaren Besitzers zum Besitz und zwar dem „anderen" gegenüber sein. Danach muß kraft obligatorischen Rechtes dem mittelbaren Besitzer ein Anspruch gegen den unmittelbaren Besitzer auf Herausgabe der Sache zustehen, gleichviel, ob der unmittelbare Besitzer kraft Vertrages oder kraft gesetzlicher Befugnis oder kraft gerichtlicher Einweisung sich in den Besitz setzt bezw. gesetzt hat.[31])

Hieraus beantwortet sich die Frage, ob der Finder dem Verlierer mittelbaren Besitz vermittelt. Sie wird mit Recht fast allgemein verneint; und zwar (von Gierke, weil es an der Sachherrschaft fehle, von Strohal, weil dem Finder die Sache nicht anvertraut sei) von Planck überzeugend, weil der Finder den Besitz nicht vom Empfangsberechtigten herleite, und insbesondere, weil er ihm nicht auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet sei, vielmehr nach § 967 den Besitz jederzeit der Polizeibehörde überlassen könne bezw. müsse. In demselben Sinne weist Leonhard gegenüber Wendt und Bartels auf den Wortlaut des § 966 hin, demzufolge der Finder nur zur Verwahrung, nicht aber zum Besitze verpflichtet sei.[32])

---

[28]) Planck § 868, 2bγ.

[29]) Gierke S. 7 Anm. 15.

[30]) vgl. Biermann S. 19; Gärtner S. 151 u. die dort Zitierten; a. M. Wendt, Der mittelbare Besitz S. 61; Bartels S. 647.

[31]) Strohal S. 21.

[32]) Strohal S. 22; Biermann S. 19; Endemann S. 126 A. 7; Planck § 868, 2bγ; Gierke S. 7 A. 15; Leonhard S. 72; a. M. Wendt S. 62; Bartels S. 659f., 669; Dernburg S. 64, 76; vgl. auch oben Note 30.

Mit der obigen Darlegung der Voraussetzungen, welche die Ähnlichkeit der zu prüfenden Verhältnisse mit den in § 868 verzeichneten Beispielen bedingen, sind nun zugleich die Voraussetzungen des mittelbaren Besitzes selbst gegeben, nämlich: persönliche Besitzbeziehungen der oben beschriebenen Natur; zeitliche Beschränkung des Rechts oder der Pflicht zum Besitz, endlich ein obligatorisches Verhältnis.

Hervorzuheben ist dabei nur, daß Objektivität des letzteren nicht erforderlich ist; es genügt, wenn z. B. der Nießbraucher anerkennt, für den Besteller zu besitzen. Diese Auffassung ist in der zweiten Kommission gerade für den Nießbrauch ausdrücklich dahin ausgesprochen worden, daß, wenn der Nießbrauch nach § 892, § 1032 vom Nichteigentümer bestellt sei, dieser, der Besteller, nicht der Eigentümer, als mittelbarer Besitzer zu gelten habe. Ebensowenig kommt es auf die Gültigkeit des vom unmittelbaren Besitzer ausgeübten Nießbrauchs an.[33]) Das gleiche muß für die andern in § 868 genannten und die ihnen gleichgestellten Verhältnisse gelten. Denn maßgebend sind die tatsächlichen Machtbeziehungen, die als mittelbarer Besitzer nur derjenige auszuüben in der Lage ist, den der unmittelbare Besitzer als solchen anerkennt.[34])

Daraus folgt zugleich, daß der mittelbare Besitzer einer Sache nicht notwendig der Eigentümer sein muß. Es ist nicht zweifelhaft, daß der Mieter z. B., der die Mietsache selbst oder einen Teil derselben untervermietet, dem Untermieter gegenüber dieselbe Stellung einnimmt, wie der Vermieter ihm gegenüber, also mittelbarer Besitzer

---

[33]) Planck § 868, 2 b α und die dort zitierten Stellen der Protokolle; Biermann S. 19.

[34]) Planck § 868, 2 b γ Abs. 3; Biermann a. a. O.; Gierke S. 7 Anm. 15; a. M. Wendt a. a. O.; Bartels S. 659, 662.

ist. In diesem Falle liegt mehrfacher mittelbarer Besitz nach § 871 vor, in der Weise, daß derjenige, der sein Recht oder seine Pflicht zum Zeitbesitz von einem andern als dem mittelbaren Besitzer ableitet, den Besitz (die Ausübung der tatsächlichen Gewalt) einem Dritten in einem Verhältnis nach § 868 überläßt. Wenn A den B beauftragt, einen Gegenstand aus dem eingebrachten Gute der Ehefrau des A bei C zu deponieren, so ist die Ehefrau dem A gegenüber, A dem B gegenüber und B dem C gegenüber mittelbarer Besitzer des Gegenstandes.[35]) Die Fälle lassen sich ins Unendliche ausspinnen.[36]) Wird dabei zweifelhaft, ob ein Verhältnis nach § 868 oder § 855 oder §§ 865, 866 vorliegt, so ist der Entscheidung die Verkehrsanschauung zugrunde zu legen.

Über die Bedeutung des rechtlichen Verhältnisses zwischen dem unmittelbaren und dem mittelbaren Besitzer gehen die Meinungen auseinander.

Die Mehrheit der zweiten Kommission erblickte im mittelbaren Besitz kein wirkliches, echtes Besitzverhältnis.[37]) Nach der Denkschrift dagegen[38]) ist die Kennzeichnung des mittelbaren Besitzes als wahren Besitzes deshalb gerechtfertigt, weil der mittelbare Besitzer seine tatsächlichen Beziehungen zur Sache nicht vollständig gelöst habe.[39])

---

[35]) vgl. z. B. Strohal S. 28; Bekker S. 24; Bartels S. 660; Dernburg S. 47; Gierke S. 8.

[36]) Beispiele bei Windscheid S. 700 Nr. 5; Gärtner S. 154 A. 3. Die Bezeichnung ist verschieden. Weyl nennt den mittelbaren Besitz zweiten Grades den mittelbar-mittelbaren.

[37]) Prot. S. 3946.

[38]) Denkschr. S. 111.

[39]) Für die Auffassung der Protokolle: Bähr S. 483; Biermann S. 19; Wendt S. 40; Bartels S. 652, der den mittelbaren Besitz als „Rechtsfiktion“ bezeichnet; dagegen Gierke S. 53; Leonhard S. 70; Endemann S. 124; Planck § 868 A. 1; Fischer-Henle

Die Frage ist deshalb von Wichtigkeit, weil von ihrer Beantwortung abhängt, ob durch die Vorschriften, die das Gesetz ausdrücklich dem mittelbaren Besitzer widmet, der mittelbare Besitz erschöpfend geregelt ist, oder ob nicht alle für den „Besitzer" kurzweg gegebenen Bestimmungen auch auf den mittelbaren Besitzer anzuwenden sind, soweit sich nicht die Unanwendbarkeit aus dem Sinn und Zweck der Vorschrift ergibt.[40])

Zur Behebung des Zweifels weist Planck a. a. O. mit Recht auf folgende Stelle der Materialien: „Die Prüfung der Frage blieb der Redaktionskommission vorbehalten. Diese kam zu dem Ergebnisse, daß fast alle Bestimmungen, welche rechtliche Folgen an den Besitz knüpfen, auch auf das Verhältnis des mittelbaren Besitzes anwendbar seien, und hielt es deshalb für zweckmäßiger, das Gesetzbuch so zu redigieren, daß grundsätzlich unter dem Besitzer auch der mittelbare Besitzer verstanden werde, und daß da, wo sich ein Rechtssatz nur auf den unmittelbaren Besitzer beziehe, dies hervorzuheben sei, soweit nicht die Beschränkung sich schon aus dem Zusammenhang ergebe. Die Kommission trat dieser Auffassung bei und billigte demgemäß die nunmehrige Fassung des § 868." So ist z. B. in § 991 B.G.B. die ausschließliche Anwendbarkeit auf den

---

zu § 868; Kniep S. 7; Strohal S. 29 hält den mittelbaren Besitz zwar für echten Besitz, aber anderer Art als den mittelbaren; vgl. jedoch S. 548.

[40]) vgl. Note 39; so Planck §§ 868, 869; Staudinger § 868 I; Strohal S. 16; Gierke S. 7 A. 15, S. 53; Turnau § 868; Neumann § 868 II; Fischer-Henle § 868 Anm. 7; Meißner § 868 II; Buhl S. 38; Gärtner S. 146; Kuhlenbeck II S. 462; Schmelzer S. 61; Krahé S. 16; Grützmann S. 332; Fischer, Deutsche Juristenzeitung 1898 S. 369; a. M. Lehmann II S. 78; Windscheid I S. 699; Biermann §§ 869, 859; Wendt S. 44 ff.; Dernburg schwankend S. 74. Zu vgl. auch Gierke in den Verhandlungen des 24. deutschen Juristentags S. 7.

unmittelbaren Besitzer ausdrücklich hervorgehoben;[41]) sie ergibt sich aus dem Zusammenhang z. B. in §§ 854—856.

Ist hiernach angenommen und für richtig erachtet, daß auch der mittelbare Besitzer vollen, echten Besitz hat, so erübrigt sich ein näheres Eingehen auf die weiterhin für den Besitzschutz belanglose Streitfrage.[42]) Es wird vielmehr unten zu prüfen sein, ob und inwieweit die einzelnen Schutzbestimmungen auf den mittelbaren Besitzer Anwendung zu finden haben.

§ 3.

3. Der Teilbesitzer.

Anlehnend an die Charakterisierung des Besitzes als eines tatsächlichen Herrschaftszustandes erkennt das B.G.B. in § 865 die Möglichkeit des Besitzes mehrerer Personen an ein und derselben Sache in der Weise an, daß jeder von ihnen einen räumlich abgegrenzten Teil der Sache besitzt.

„Die Vorschriften der §§ 858—864 gelten auch zugunsten desjenigen, welcher nur einen Teil einer Sache, insbesondere abgegrenzte Wohnräume oder andere Räume besitzt."

Ob jemand einen Teil einer Sache besitzt, ist Tatfrage und nach der Verkehrsanschauung zu beurteilen.[43]) Jedenfalls ist nicht an allen Teilen aller Sachen unterschiedslos Teilbesitz möglich, es muß, abgesehen von den

---

[41]) Die Gegner (z. B. Bartels S. 652) erklären den § 991 als eine aus Rücksicht auf § 73 a. F. C.P.O. gemachte Annahme. Warum sollte man aber das B.G.B. nach der damals erst geplanten Änderung in der C.P.O. und nicht vielmehr die Änderung der C.P.O. nach dem vollendeten B.G.B. gerichtet haben?

[42]) Planck § 868 Anm. 5.

[43]) Planck § 865, 1.

Voraussetzungen des Besitzes überhaupt, der Teil so abgegrenzt und als solcher derart erkennbar sein, daß er ein selbständiges wirtschaftliches Gut bildet: „kann die räumliche Herrschaft auf Sachteile nicht beschränkt werden, weil sie nur am Ganzen denkbar ist und jede Verfügung über den Teil auf das Ganze wirken würde, so ist für die Anwendung des § 865 kein Raum".[44])

Dagegen ist Teilbesitz möglich an wesentlichen Bestandteilen einer Sache, die nach § 93 nicht Gegenstand besonderer Rechte sein können.[45])

Das wichtigste Anwendungsgebiet dieser Vorschrift ist daher der Besitz an abgesonderten Wohn-, Wirtschafts- und Geschäftsräumen.[46]) Aber auch an begrenzten Grundstücksteilen, an Tunnels, Kloaken, Viadukten[47]) ist Teilbesitz möglich. Ob auch an ungetrennten Früchten, ist streitig. So nimmt Strohal[48]) die Möglichkeit eines Sonderbesitzes an Bäumen dann an, wenn sie z. B. vom Gärtner auf dem gepachteten Grunde zum Zwecke der Zucht und des Verkaufs gepflanzt sind. Dagegen nehmen die meisten bedingungslos einen besonderen Besitz an ungetrennten Früchten und Bäumen an, sofern nur die Verfügung über sie, insbesondere die Trennung, freigegeben ist. Unter dieser Voraussetzung ist z. B. Besitzerwerb an

---

[44]) Motive S. 114; Dernburg S. 51; Gärtner S. 170, 171; Staudinger § 865; Meisner S. 22; Josef S. 268; vgl. auch R.G. Bd. 35 S. 254, das Sonderbesitz an Maschinen, die mit dem Boden fest verbunden sind, verneint. Der Entwurf § 798 Abs. 2 lehnte an wesentlichen Bestandteilen einer Sache einen vom Besitze der letzteren abgesonderten Besitz überhaupt ab.

[45]) Strohal S. 32ff.; Windscheid S. 693. Ein ganzes Gebäude auf fremdem Boden kann Gegenstand des Teilbesitzes sein.

[46]) Solche Räume sind hinsichtlich des Besitzes durch § 123 St.G.B. auch strafrechtlich geschützt; Gärtner S. 170.

[47]) Planck § 865; Schmelzer S. 69; Motive S. 114; Krahé S. 12.

[48]) Strohal S. 34; Endemann S. 164.

stehenden Bäumen im offenen Walde mittels Anschlagens mit dem Forsthammer für gegeben zu erachten.[49])

Ebenso ist Sonderbesitz an Teilen von beweglichen Sachen möglich,[50]) z. B. an den einzelnen Fächern eines Bücherregals, eines Geldschrankes,[51]) eines Postfaches.

Der Teilbesitzer kann unmittelbarer Besitzer (auch Eigenbesitzer) oder mittelbarer Besitzer sein, er genießt in allen Fällen vollen Besitzschutz.

§ 4.

4. Der Mitbesitzer.

Mitbesitzer sind diejenigen, welche nach § 866 zu mehreren eine Sache gemeinschaftlich besitzen.

Voraussetzung ist auch hier in erster Linie Besitz, ein Herrschaftszustand zwischen mehreren einerseits und der Sache andererseits. Ob dies der Fall ist, ist wiederum nach der Verkehrsanschauung zu entscheiden.

Der Besitz muß ferner gemeinschaftlich sein. Sinngemäß ist damit lediglich der Besitz zu reellen Teilen ausgeschlossen, jede Art des Besitzes pro indiviso fällt unter § 866. Strohal[52]) unterscheidet gemeinschaftlichen Besitz nach gedachten Bruchteilen (z. B. Miteigentümer), zur gesamten Hand (z. B. Miterben, Gesellschafter), oder zum Gebrauch nach Maßgabe wirtschaftlicher Zwecke (z. B. gemeinschaftlicher Besitz und Gebrauch eines Fahrwegs durch den Pächter und den Verpächter). Für den Besitzschutz ist die Unterscheidung ohne Belang.

---

[49]) Dernburg S. 51; Cosack S. 62; Gärtner S. 171; Biermann S. 16; Männer S. 94 Anm. 6.

[50]) Motive S. 114; Gärtner S. 170.

[51]) Schmelzer S. 69.

[52]) Strohal S. 113, 114; Gärtner S. 159.

Die Mitbesitzer können verschiedenen Besitz haben, der eine unmittelbaren, der oder die anderen mittelbaren; Mitbesitzer kann auch der Eigenbesitzer sein (Beispiele bei Planck[53]). Dabei können leicht Verwechslungen vorkommen, da der mittelbare Besitz dieselben Gestaltungen annehmen kann wie Mitbesitz (mittelbarer Besitz nach Bruchteilen und mittelbarer Besitz zur gesamten Hand),[54]) und da überdies sich auch ähnliche Fälle von Besitzdienerschaft denken lassen.[55]) Die Entscheidung ist Tatfrage.

Eine Unterscheidung hinsichtlich des Gegenstandes des Mitbesitzes ist nicht zu treffen, Mitbesitz ist an beweglichen wie an unbeweglichen Sachen, sowie auch an Teilen von solchen möglich.[56])

Der Besitzschutz des Mitbesitzers Dritten gegenüber ist unbeschränkt. Dagegen ist der Besitzschutz des Mitbesitzers dem Mitbesitzer gegenüber insoweit beschränkt und findet insoweit nicht statt, als es sich um die Grenzen des den einzelnen an der Sache zustehenden Gebrauches handelt.

Diese Vorschrift hat ihren Grund in der oft ungenügenden Bestimmtheit des Maßes, in welchem die Mitbesitzer ihren Gebrauch an der gemeinschaftlichen Sache einander gegenüber ausgeübt haben werden. Die Protokolle besagen daher, es könne über die Grenzen des den einzelnen zustehenden Gebrauchs deshalb kein Besitzprozeß geführt werden, „weil damit ein rein petitorisches Element in die Besitzklage hineingetragen würde“.[57])

---

[53]) Planck § 866; Bekker S. 10; Krahé S. 13; Gärtner S. 159.

[54]) Strohal S. 45; Gärtner S. 160.

[55]) z. B. nach § 1206; vgl. z. B. Heinrici S. 828; a. M. Dernberg § 351 VI.

[56]) Krahé S. 13; Josef S. 269 nimmt Mitbesitz an der gemeinschaftlichen Ehewohnung an; a. M. Kniep S. 114.

[57]) S. 3361.

Trotzdem darf der Ausdruck „Grenzen des Gebrauchs“ nicht zu eng ausgelegt werden. Mit Unrecht sehen manche in der Vorschrift des § 866 die völlige Ausschließung sowohl der Gerichts- als der Selbsthilfe wegen jeder Besitzstörung durch einen Mitbesitzer.[58]) Der Gebrauch und seine Grenzen hat sich zunächst nach dem zwischen den Mitbesitzern herrschenden Verhältnis (etwa gemäß § 743),[59]) dann nach der Verkehrsanschauung zu richten. Soweit der Streit um die Grenzen des Gebrauchts geht, ist der Mitbesitzer auf die Klage aus dem zwischen den Mitbesitzern bestehenden Rechtsverhältnis und auf die Selbsthilfe aus §§ 227 ff. angewiesen.

Im Besitzstreit mit Dritten, auch hinsichtlich der Grenzen des Gebrauches, besteht eine entsprechende Schranke nicht, weder hinsichtlich des Selbstschutzes noch hinsichtlich des Gerichtsschutzes.

§ 5.

5. Der Erbbesitzer.[60])

Die Vorschrift des § 857: „Der Besitz geht auf den Erben über“ scheint zunächst mit dem Begriff des Besitzes als eines gegenwärtigen Herrschaftszustandes unvereinbar; unvereinbar auch mit den eigenen Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches über den Schutz des Erben gegen den Erbschaftsbesitzer, z. B. nach §§ 2025, 2027, wo die Ergreifung des Besitzes durch den Erben be-

---

[58]) Planck § 866, 2b.

[59]) So Windscheid-Kipp I S. 696 und Buhl S. 36; dagegen richtig Cosack II S. 424; Bekker S. 18; Schmelzer S. 70; Planck § 866 A. 1.

[60]) auch „Besitzerbe“ genannt. vgl. für das röm. Recht Dernburg S. 70; A.L.R. I 7 § 148; Motive S. 123; vgl. Binder, Die Rechtsstellung des Erben Bd. 1.

tont wird. Es ist klar, daß der Erbe eines in der Ferne verschollenen Erblassers durch dessen Tod, von dessen Eintritt der Erbe vielleicht gar keine Kenntnis erhält, die tatsächliche Gewalt nicht erlangt hat, sondern daß er Besitzer nach § 854 erst durch die wenigstens intellektuelle Besitzergreifung wird.

Da aber ohne besonderen Schutz der Nachlaß der Gefahr der Verschleppung ausgesetzt bliebe, und der Erbe dadurch auch petitorisch nicht wieder gut zu machende Nachteile erleiden würde, sind die wirksamen Besitzschutzmittel dem Erben auch für die Zeit gewährt, während welcher er die tatsächliche Gewalt noch nicht erlangt hat und nicht betätigen kann.[61]) Sobald freilich ein Dritter (etwa der Erbschaftsbesitzer) von Nachlaßsachen festen Besitz ergriffen hat, wird § 857 versagen.

Daß hiernach der Besitz des Erben nicht ganz dem Besitzbegriff des § 854 entspricht, darüber herrscht in der Literatur Einigkeit.[62]) Die Abnormität erklärt sich aus der Entstehungsgeschichte.[63]) Während der 1. Entw. die Unvererblichkeit des Besitzes zum Grundsatz machte und erst durch weitgehende Ausnahmen denselben Zweck erreichte, als wäre der Besitz vererblich, hat das Bürgerliche Gesetzbuch die letztere einfache Folge zur Regel gemacht.

Es ist daher die Behauptung zurückzuweisen, daß Ausnahmen von der Vererblichkeit des Besitzes anzunehmen seien, wenn durch den Tod des Erblassers die Gewalt auch für den Erben unmöglich werde, und daß

---

[61]) Cosack S. 75: „er wird Besitzer ohne es zu wissen und zu wollen."

[62]) Strohal S. 97ff.; Männer S. 95; Planck, Biermann, Turnau zu § 857.

[63]) Über die Entstehungsgeschichte des § 857 vgl. insb. Prot. V S. 7721ff.; Motive V S. 531, 533; Denkschrift S. 106, 107; Planck § 857.

damit der Besitz erlösche,[64]) z. B. wenn der Erblasser im Meere ertrunken und seine Sachen nicht geborgen seien, oder beim Tode eines mittelbaren Sequestrationsbesitzers. Denn es ist daran festzuhalten, daß § 857 grade die Fälle treffen will, wo der Erbbesitzer schutzlos wäre, und deshalb weniger unmittelbar den Besitz als die Besitzwirkungen auf ihn übergehen läßt.

Ob man dabei sich das Verhältnis so zurechtlegt, als hätte der Erblasser bis zum Moment der Besitzergreifung durch den Erben weitergelebt, oder als hätte der Erbe im Augenblick des Todes des Erblassers bereits den Besitz ergriffen, ist für den Besitzschutz ziemlich gleichgültig.[65])

Voraussetzungen für den Erbenbesitz sind folgende:

Der Erblasser muß die Sache besessen haben. Ob als mittelbarer, unmittelbarer,[66]) als Eigen- oder als Fremdbesitzer, als Teilbesitzer, als Mitbesitzer[67]) oder als Erbbesitzer,[68]) ist gleichgültig.[69])

---

[64]) Biermann S. 40; Strohal S. 97ff.; Gärtner S. 156; Wartensleben S. 40ff.; vgl. auch Bunsen S. 86; richtig Männer S. 100 Anm. 12; Krahé S. 14, 15; Planck § 857,3.

[65]) Planck § 857,2 Abs. 2; die Prot. S. 7722 führen aus: „sei hiernach die Rechtsposition des Besitzers nicht durch die Fortdauer der tatsächlichen Gewalt bedingt, und seien andererseits nicht bloß Rechte, sondern auch Rechtspositionen vererblich, so werde man logisch richtig sagen können, daß, wenn der Besitzer sterbe, die Rechtsposition, welche er bisher gehabt habe, auf den Erben übergehe, soweit nicht ein anderer den Besitz erworben habe". Diese Auffassung führt zu überaus gekünstelten Unterscheidungen. z. B. vererbt sich der Besitz des Nießbrauchers, ohne Rücksicht darauf, daß sein Nießbrauch, seine rechtliche Stellung als Nießbraucher, unvererblich ist; nach obigem vererbt sich die Rechtsposition, aber die Rechtsstellung vererbt sich nicht. Was ist aber Rechtsposition anderes als Rechtsstellung? Biermann § 857.

[66]) z. B. als Nießbraucher, Rechtssprechung 4 S. 289.

[67]) Streitig ist, ob beim Tode des Gesellschafters der Mitbesitz am Gesellschaftsvermögen auf den Erben übergeht; vgl. Gärtner S. 157. Strohal S. 98 und Wartensleben S. 41 nehmen an, daß

Ferner muß der Besitz auf den Erben in seiner Eigenschaft als Erben übergehen. Für Sachen, an welchen der Erbe bereits zu Lebzeiten des Erblassers Besitz erworben hatte, gilt § 857 nicht, auch wenn der Erbe die Sache tatsächlich erbt.[70])

Der Schutz des Erben aus § 857 dauert nur so lange, als er an den Nachlaßsachen nicht Besitz ergriffen hat. Von diesem Augenblick an genießt er den erweiterten Schutz der §§ 2025 ff. neben dem der allgemeinen Schutzbestimmungen.[71])

§ 6.

6. Der Besitzdiener.

Um den Zweifel, ob bei der Natur des Besitzes als eines tatsächlichen Herrschaftszustandes die Ausübung des Besitzschutzes neben dem (unmittelbaren) Besitzer nicht auch für ihn gewissen Dritten als seinen Werkzeugen, insbesondere wenn sie zur Ausübung seiner tatsächlichen Gewalt über bestimmte Sachen oder in bestimmter Richtung

---

der Mitbesitz mit dem Anteil am Gesellschaftsvermögen den andern Gesellschaftern zuwächst. Dies dürfte grundsätzlich nicht, sondern nur dann der Fall sein, wenn die Mitgesellschafter den Mitbesitz des Verstorbenen für sich tatsächlich in Anspruch nehmen gemäß § 854. Regelmäßig wird dies allerdings aus den Statuten ersichtlich sein; so Planck § 857,3.

[68]) Ob der Besitz des Vorerben auf den Nacherben nach § 857 übergeht, ist bestritten. Grundsätzlich wird der Fall der Nacherbfolge ebenso zu behandeln sein, wie der der Erbfolge; Planck zu § 857; Biermann § 857,3; Turnau § 857,2; a. M. Strohal S. 104 f.

[69]) War der Erblasser nur Besitzdiener, so findet § 857 keine Anwendung, da kein Besitz vorliegt; Planck a. a. O.; Cosack S. 75; Kniep S. 181; Gärtner S. 156.

[70]) Schmelzer S. 50; Planck S. 43 Anm. 3a; Strohal S. 123; Cosack S. 84 Anm. 17.

[71]) Turnau § 857,3.

bestellt sind, gestattet sei, zu beheben, hat § 860 den § 854 ausdrücklich dahin interpretiert,[72]) daß „zur Ausübung der dem Besitzer nach § 859 zustehenden Rechte auch derjenige befugt sei, welcher die tatsächliche Gewalt nach § 855 für den Besitzer ausübe".

§ 855 bestimmt: „Übt jemand die tatsächliche Gewalt über eine Sache für einen anderen in dessen Haushalt oder Erwerbsgeschäft oder in einem ähnlichen Verhältnis aus, vermöge dessen er den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des anderen Folge zu leisten hat, so ist nur der andere Besitzer."

Die hiernach die tatsächliche Gewalt ausübenden, aber nicht besitzenden Personen werden meist als „Besitzdiener" bezeichnet.[73])

Das Besitzdienerverhältnis hat nun äußerlich gewisse Ähnlichkeiten mit einem umgekehrten mittelbaren Besitzverhältnis; es ergeben sich daher aus der Fassung des § 855 insbesondere gegenüber § 868 die unterscheidenden Merkmale der Besitzdienerschaft.

Zunächst „besitzt" der Besitzdiener nicht. Er übt lediglich fremde tatsächliche Gewalt für den Besitzer aus, (während der unmittelbare Besitzer nicht den Besitz des mittelbaren Besitzers ausübt, sondern selbst besitzt).[74])

---

[72]) Prot. S. 3340: „Der sich an die Vorschläge des preußischen Justizministeriums anlehnende § 797a wollte keine Änderung, sondern nur zur Ergänzung und Erklärung des § 797 dienen"; so Planck § 855, 1. Biermann S. 6, 1 und Leonhard S. 63 sehen in § 855 eine Ausnahme von § 854; richtig Endemann II S. 131.

[73]) Die Bezeichnung stammt von Bekker S. 26; ebenso Planck, Biermann, Turnau zu § 855; Leonhard S. 63; Schmelzer S. 55; Bartels S. 655; Strohal sagt S. 5 „unselbständiger Inhaber", Dernburg S. 49 „Besitzgehilfe", Endemann S. 130 „Besitzhalter"; Cosacks Bezeichnung des Besitzdieners als „Inhaber" (S. 66) führt zu Verwechslungen mit dem „Inhaber" des 1. Entwurfes (= unmittelbarer Besitzer).

[74]) Über Zweck und Notwendigkeit der Einschränkung vgl. Reatz S. 770; Krahé S. 9.

Der Besitzdiener genießt folglich Besitzschutz nur insoweit, als er innerhalb der Grenzen der tatsächlichen Gewaltausübung seines Herrn handelt (z. B. als Besitzdiener eines Mitbesitzers).

Wie nun in § 868 der Nießbrauch, das Pfandrecht usw. lediglich als Beispiele mittelbarer Besitzverhältnisse aufgeführt sind, so in § 855 der Haushalt oder das Erwerbsgeschäft als Beispiele für Besitzdienerschaft. Die Gleichstellung ähnlicher Verhältnisse entspricht genau der betr. Vorschrift in § 868, und was über letztere in § 2 dieser Abhandlung in bezug auf die selbständige Bedeutung des Ausdrucks „ähnliche Verhältnisse" gesagt ist, hat in gleicher Weise für § 855 zu gelten.[75]) Denn es lassen sich Fälle denken, z. B. beim Werkvertrag, wo derjenige, welcher den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des anderen Folge zu leisten hat, nicht Besitzdiener, sondern unmittelbarer Besitzer ist.

Was zunächst die Beispiele „Haushalt oder Erwerbsgeschäft" anlangt, so werden sie einen großen Teil der möglichen Fälle von Besitzdienerschaft decken. Denn sie bedürfen, soll der Besitzschutz auch z. B. in Abwesenheit des Besitzherrn verwirklicht werden können, einer liberalen Auslegung. Insbesondere ist der „Haushalt" nicht mit dem „Hausstand", dem Inbegriff der einer häuslichen Gemeinschaft angehörenden Personen, zu verwechseln. Besitzdiener können daher nicht bloß Familienangehörige und dauernd angestelltes Dienstpersonal, sondern auch vorübergehend mit Diensten der in § 855 bezeichneten Art betraute Personen sein,[76]) und umgekehrt sind die genannten Personen keineswegs immer und in jeder Beziehung Besitzdiener des Besitzherrn. Ebenso setzt ein „Erwerbsgeschäft" nicht Beschäftigung in einem kaufmännischen Betrieb oder

---

[75]) vgl. Gärtner S. 140 Anm. 1.

[76]) Planck § 855, 2 Abs. 3.

dergl. voraus; es genügt jede auf Erwerb gerichtete Tätigkeit.

Überhaupt ist auch eine bestimmte räumliche Beziehung des Besitzdieners zum Haushalt oder Erwerbsgeschäft, bezw. zum Besitzherrn, nicht erforderlich, da ja sonst, wie erwähnt, bei räumlicher Trennung des Dieners vom Herrn der Besitzschutz illusorisch würde.[77])

Als charakteristisches Merkmal der Besitzdienerschaft im Haushalt wie im Erwerbsgeschäft ist vielmehr das Befehlsrecht des Besitzherrn und die Gehorsamspflicht des Besitzdieners (im Gegensatz zum mittelbaren Besitzverhältnis) angegeben.[78]) Die Natur und die Erscheinungsformen dieses Befehlsverhältnisses sind Tatfrage und nach der Verkehrsanschauung zu beurteilen,[79]) jedenfalls ist nicht erfordert, daß ihm ein obligatorischer Anspruch zugrunde liege; ebensowohl kann es sich um verwandtschaftliche, freundschaftliche, geschäftliche oder Gefälligkeitsdienste handeln.[80]) Dabei kommt es auf den Willen des Besitzdieners nicht an, es ist für gleichgültig zu erachten, ob er will und weiß, daß er für einen anderen die tatsächliche Gewalt ausübt. Maßgebend ist lediglich ein Befehlsverhältnis der in § 855 bezeichneten Art,[81]) so daß, weigert

---

[77]) Planck a. a. O.; anders Leonhard S. 77 N. 1.

[78]) Leonhard S. 63.

[79]) Planck § 855, 2 Abs. 5; Strohal S. 11; Endemann S. 130; Leonhard S. 64 bestätigen alle das von Bekker S. 46 aufgestellte Erfordernis, es müsse der Inhaber, d. h. der Besitzdiener, der sofortigen Herausgabe der Sache keinen Widerstand entgegensetzen dürfen.

[80]) So Planck a. a. O.; Dernburg S. 48; Grützmann, Arch. f. sächs. Recht S. 327; Fischer-Henle S. 360 Nr. 3; Leonhard S. 77; Schulenburg S. 21 ff.; dagegen verlangt Gärtner S. 140 neben der auf ethischen Verpflichtungen beruhenden Gehorsamspflicht des Besitzdieners eine gültige Rechtspflicht, den Besitz für den Herrn bereitzuhalten.

[81]) Biermann § 855, 1 b.

sich der Besitzdiener, den Weisungen des Besitzherrn Folge zu leisten, wenn auch darin eine Besitzstörung oder eine Besitzentziehung, welche dem Herrn die besonderen Besitzschutzmittel an die Hand gäbe, noch nicht notwendig liegt,[82]) der Besitzherr in der rechtlichen Lage ist, nach selbständiger Willkür (s. c. dem Besitzdiener gegenüber) mit der Sache zu verfahren. In gleicher Weise braucht der Besitzdiener nicht „im Interesse" oder „zugunsten" desjenigen, dessen Weisungen er Folge zu leisten hat, die tatsächliche Gewalt auszuüben. „Für" einen anderen bedeutet nur, daß die Gewalt über die Sache auf Grund eines Befehlsverhältnisses, nicht z. B. auf Grund eigenen Besitzes ausgeübt sein muß.[83])

Die gleichen Voraussetzungen gelten für „ähnliche Verhältnisse", vermöge deren der die tatsächliche Gewalt für einen anderen Ausübende dessen sich auf die Sache beziehenden Weisungen Folge zu leisten hat.

„Ähnlich" können die verschiedenartigsten Verhältnisse sein, auch nicht privatrechtliche, insbesondere solche des öffentlichen Rechtes (Soldaten, Beamte). Viele Fälle werden zweifelhaft bleiben und nur nach den Umständen zu beurteilen sein.[84])

Gerade wegen dieser Mannigfaltigkeit der verschiedenen Gestaltungen der Besitzdienerschaft werden auch die Grenzen zwischen den „ähnlichen Verhältnissen" nach § 855 und den „ähnlichen Verhältnissen" nach § 868 oft

---

[82]) Prot. S. 3351.

[83]) vgl. die Beispiele bei Planck a. a. O.; Bekker S. 43; Strohal S. 11; Biermann a. a. O.

[84]) Über einzelne zweifelhafte oder streitige Fälle vgl. insb. Strohal, in Jherings Jahrb. 29 S. 357; Baron eod. S. 237; auch Jhering, Besitzwille S. 503ff.; Bekker S. 44ff.; Gierke S. 52 bezeichnet insb. auch Organe eines Staates, einer Gemeinde oder anderen juristischen Person des öffentlichen oder des Privatrechtes als Besitzdiener.

unsicher erscheinen.[85]) Alle Versuche einer Definition der Besitzdienerschaft werden daher auf die Verkehrsanschauung als Richterin rekurrieren. So definiert Strohal:[86]) „ein Verhältnis tatsächlicher Unterordnung des Inhabers unter den Besitzherrn von solcher Beschaffenheit, daß, wofern der Inhaber den Weisungen des Besitzherrn nicht Folge leistet, dieser nach der Auffassung des Lebens selbsthandelnd eingreifen darf, um seinen Willen durchzusetzen"; Planck:[87]) „Besitzdiener ist, wer bezüglich einer Sache vermöge seines Abhängigkeitsverhältnisses zu einem anderen nach der Auffassung des Verkehrs nicht eine ihm zustehende Gewalt, sondern die einem anderen zustehende Gewalt ausübt"; etwas freier Bekker:[88]) „Verhältnis, bei dem nach den Gebräuchen unseres Verkehrs der eine dem anderen gegenüber, soweit die tatsächliche Gewalt über die Sache in Frage steht, durchaus keinen eigenen Willen hat, sondern schlechthin den Willen des anderen zur Ausführung zu bringen gehalten ist"; Leonhard[89]) bezeichnet als Merkmal der Besitzdienerschaft, „daß der Diener nach der objektiven Befehlsordnung der Gesellschaft oder des öffentlichen Rechts zum Gehorsam betreffs der Sache verpflichtet sei"; Dernburg[90]) schließlich verlangt ein „äußerlich erkennbares Abhängigkeitsverhältnis mit jederzeitigem Herausgabezwang".[91])

[85]) vgl. z. B. das Beispiel bei Bekker S. 44 Anm. 10.

[86]) Strohal S. 9; ebenso Biermann § 855.

[87]) § 855, 2[2].

[88]) S. 44.

[89]) S. 76.

[90]) S. 49.

[91]) Die Komm.-Prot. S. 3341 wollen es der Wissenschaft und Praxis überlassen, durch vernünftige Auslegung für die richtige Anwendung des § 797a zu sorgen; entscheidend sei, daß demjenigen, der den Besitz für einen andern ausübe, ein civilrechtlicher Anspruch auf Behalten des Besitzes, insb. auch ein Retentionsrecht dem Be-

Unterwirft man hiernach das für die Besitzdienerschaft maßgebende Merkmal des Befehlsverhältnisses dem Maßstabe der Verkehrsanschauung, so ist Besitzdiener derjenige, welcher bezüglich einer Sache zu einem anderen in einem solchen persönlichen Verhältnisse steht, daß ihm dieser nach der Verkehrsanschauung beliebige Behandlung der Sache gebieten, bezw. jede Hinderung seiner Bestimmung über die Sache verbieten kann.[92])

Inwieweit der Besitzdiener in der Ausübung des Besitzes seines Besitzherrn geschützt ist, wird bei der Darstellung der einzelnen Besitzmittel hervorzuheben sein. Hinsichtlich der Sachen, für welche der Besitzdiener Selbstbesitzer, nicht Besitzdiener des Dienstherrn, ist (z. B. Dienstboten an ihren Kleidern, Koffern usw.), genießt er selbstverständlich vollen Besitzschutz, auch gegen den Besitzherrn.[93])

§ 7.

7. Der sogenannte „Rechtsbesitzer".

Einen Rechtsbesitz im Sinne der juris quasi possessio kennt das Bürgerliche Gesetzbuch nicht.[94]) In vielen Fällen ist ein Ersatz dadurch geschaffen, daß derjenige, der ein Recht an einer Sache ausübt, wie Nießbrauch oder Erbbaurecht, schon als Sachbesitzer geschützt ist. Ebenso bei den mit dem Eigentum an einem Grundstück ver-

---

sitzer gegenüber nicht zustehe. So auch Haidlen § 855; Meisner § 855; vgl. ferner Kniep S. 211; Endemann S. 130ff.; Schmelzer S. 55; Männer S. 91.

[92]) Planck spricht von einem „Abhängigkeitsverhältnis"; er versteht aber selbst diesen Ausdruck im weitesten Sinne, da er dem eingeladenen Gast, der doch in keinem Abhängigkeitsverhältnis zum Gastgeber steht, Besitzdienerschaft an Messer, Gabel, Teller zuschreibt.

[93]) Strohal S. 5; Bekker S. 43; Krahé S. 10.

[94]) Prot. S. 3917; Geschichtliches: Dernburg S. 87.

bundenen Rechten, insofern sie nach § 96 als besitzschutzfähige Bestandteile des Grundstückes anzusehen sind.[95])

Nur für die Grundstücksgerechtigkeiten nach §§ 1029 und 1090 sind die Besitzvorschriften ausdrücklich für anwendbar erklärt.

1. § 1029: „Wird der Besitzer eines Grundstücks in der Ausübung einer für den Eigentümer im Grundbuch eingetragenen Grunddienstbarkeit gestört, so finden die für den Besitzschutz geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung, soweit die Dienstbarkeit innerhalb eines Jahres vor der Störung, sei es auch nur einmal, ausgeübt worden ist."

Diesen Schutz genießt der Besitzer des Grundstücks, und zwar mit denselben Beschränkungen, wie ein Sachbesitzer (also der unmittelbare Besitzer unbedingt, der mittelbare Besitzer (§§ 868, 869) mit den in § 2 dieser Abhandlung erwähnten Maßgaben, der Teilbesitzer, Mitbesitzer, Erbbesitzer, Besitzdiener nach §§ 865, 866, 857, 855, 860), aber auch in demselben Umfange wie er, wenngleich § 1029 nur von Besitzstörung spricht. Dies folgt einmal daraus, daß § 1029 die Anwendung der Besitzschutzvorschriften als solcher, ohne Ausnahme oder Vorbehalt, zuläßt, sodann insbesondere, daß es praktisch inkonsequent erscheinen müßte, den quasi-Besitzer gegen eine bloß beschränkte Behinderung seiner Rechtsausübung zu schützen, nicht aber gegen die völlige Verhinderung.[96])

Die Störung muß durch verbotene Eigenmacht nach § 859 erfolgen, was sich aus dem allgemeinen Hinweis auf die Besitzvorschriften ergibt; gesetzlich oder vertraglich gestattete Störung begründet auch hier keinen Besitzschutzanspruch.

Dazu kommt ein wichtiges, aus dem Grundbuchprinzip

---

[95]) Dernburg S. 89; Motive S. 489; Gärtner S. 172; Endemann S. 115.

[96]) Planck § 1029 Anm. 4 am Anf.; Schmelzer S. 77; Bartels S. 683; Gärtner S. 163; Matthiaß II S. 109/110.

des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu folgerndes formelles Erfordernis: die Grunddienstbarkeit muß im Grundbuch für den Eigentümer eingetragen sein.[97]) Und zwar ist diese Vorschrift streng objektiver Natur. Die Ausübung einer bestehenden, aber aus Versehen nicht eingetragenen oder zu Unrecht gelöschten Grunddienstbarkeit ist durch § 1029 nicht geschützt. Andererseits wird der Schutz für eine eingetragene, aber rechtlich nicht oder nicht mehr bestehende Grunddienstbarkeit gewährt. Lediglich die Tatsache des Grundbucheintrags ist maßgebend.[98])

Um aber den Schutz nur solchen Grunddienstbarkeiten angedeihen zu lassen, die eine praktisch erhebliche Bedeutung haben, insofern als sie auch ausgeübt werden, ist eine notwendige zeitliche Schranke gesetzt: die Grunddienstbarkeit muß innerhalb eines Jahres vor der Störung mindestens einmal ausgeübt worden sein. „Die Frage, ob für den Berechtigten die Möglichkeit der Ausübung bestanden habe, würde, bei längerem Zeitablauf, leicht eine Quelle von Zweifel und Streit werden.[99]) Daß während dieser Zeit die Grunddienstbarkeit von dem Besitzer selbst ausgeübt worden sei, ist nicht zwingend, es genügen Ausübungshandlungen Dritter für den Besitzer.[100]) Auch wird die Besitzzeit des Besitzvorgängers dem Besitzer zugute kommen und in das Jahr eingerechnet werden müssen.[101])

Welche Handlungen nun als Ausübung der Dienstbarkeit anzusehen sind, bestimmt sich auf Grund des Bucheintrags nach der Verkehrsanschauung; jedenfalls muß dieselbe sich als eine aus dem eingetragenen Recht, nicht

---

[97]) Vorbehaltlich Art. 191, 187 E.G. z. B.G.B.; Gärtner S. 177.

[98]) Planck § 1029, 3a; Biermann § 1029 (Tabularbesitz); Gärtner S. 177; a. M. Scherer III S. 16 und 25.

[99]) Prot. S. 3920.

[100]) Planck § 1029, 3b.

[101]) Schmelzer S. 75.

etwa aus persönlicher Erlaubnis fließende Handlung darstellen.[102]) Wenn hiernach die Dienstbarkeit z. B. darin besteht, daß auf dem dienenden Grundstücke bestimmte Anlagen nicht errichtet werden dürfen, so bedarf es zur Ausübung der Dienstbarkeit nicht eines besonderen Verbots. Ein solches ist schon im Grundbucheintrag, und mithin in der Nichterrichtung der Anlagen innerhalb des letzten Jahres eine ausreichende Betätigung der Dienstbarkeit zu sehen.[103])

Das Maß der tatsächlichen Ausübung, nicht die buchmäßige Grenze der Dienstbarkeit, bestimmt das Maß des Besitzschutzes. Ist die Dienstbarkeit also innerhalb des letzten Jahres vor der Störung nur beschränkt ausgeübt worden, so versagt der Besitzschutz bezüglich des nicht ausgeübten Teiles der Dienstbarkeit. Andererseits wird aber auch eine über die Grenzen des eingetragenen Rechts hinausgehende Ausübung nicht possessorisch geschützt.[104])

2. § 1090: „Ein Grundstück kann in der Weise belastet werden, daß derjenige, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, berechtigt ist, das Grundstück in einzelnen Beziehungen zu benutzen, oder daß ihm eine sonstige Befugnis zusteht, die den Inhalt einer Grunddienstbarkeit bilden kann (beschränkte persönliche Dienstbarkeit). Die Vorschriften der §§ . . . . 1029 . . finden entsprechende Anwendung.

Zur analogen Anwendung sind analoge Voraussetzungen zu erfordern. Es muß also wie die Grunddienstbarkeit auch die beschränkte persönliche Dienstbarkeit, hier aber für den Dienstberechtigten, im Grundbuch eingetragen sein;[105]) derselbe muß in der Ausübung der Berechtigung gestört worden sein; zwischen der letzten Ausübung und

[102]) Planck a. a. O.; Biermann § 1029, 1b; Bunsen S. 82.
[103]) vgl. Gärtner S. 161; Biermann a. a. O.; Bunsen a. a. O.
[104]) Biermann § 1029, 1 Abs. 2.
[105]) A. M. Gärtner S. 178.

der Störung darf höchstens ein Jahr liegen; der Schutz wird nur gewährt, soweit innerhalb dieses Jahres die Dienstbarkeit ausgeübt worden ist.

Bezüglich der Einzelheiten ist auf die obigen Ausführungen zu § 1029 zu verweisen.

Als Abweichungen sind hervorzuheben, einmal, daß nach § 1090 schwerlich ein Anderer als der unmittelbare Besitzer als Subjekt des Schutzes gedacht werden kann, ferner insbesondere, dass § 857 keine Anwendung finden kann, da die beschränkte persönliche Dienstbarkeit mit dem Tode des Berechtigten erlischt.[106])

II. Gegenstand des Besitzschutzes.

§ 8.

Sachen.

Besitzschutz wird gewährt für einen Zustand tatsächlicher Herrschaftsbeziehung zwischen den in §§ 1 — 6 dieser Abhandlung bezeichneten Personen und „Sachen".[107])

Zwischen Immobilien und Mobilien wird kein Unterschied gemacht. Die Sachen können unbewegliche sein, d. h. Grund und Boden, mit allem, was mit ihm in organischer oder dauernder Verbindung steht; also Grundstücke, ferner Bestandteile von Grundstücken (§ 93), konsequenterweise auch die subjektiv dinglichen Rechte an Grundstücken, die nach § 96 als Bestandteile von Grundstücken zu gelten haben, vorbehaltlich der Erhaltung der Integrität sowohl des Grundstücks als des Rechts.[108])

---

[106]) vgl. im übrigen Planck zu § 1090; Biermann, Turnau, Staudinger, Fischer-Henle eod. Pagenstecher § 16.

[107]) Über die Ablehnung des Rechtsbesitzes im B. G. B. vgl. oben § 7.

[108]) Dernburg S. 89; Gärtner S. 169; Biermann § 865; Motive S. 114.

Die Sachen können bewegliche sein. Als beweglich gelten alle Sachen, die man unbeschadet ihrer wirtschaftlichen Integrität von einem Orte fortschaffen kann, also auch selbständige Teile beweglicher Sachen, sowie Zubehörteile, z. B. abgeschnittene Blumen.[109])

Dagegen könnte zu Zweifeln die Frage Anlaß geben, ob körperliche Sachen unbedingt, und ob unkörperliche Sachen überhaupt besitz- und besitzschutzfähig sind. Für körperliche Sachen ergibt sich die Entscheidung schon aus der Definition des Besitzbegriffs. Sobald im Verhältnis zwischen Person und Sache der tatsächliche Herrschaftszustand gegeben ist, besitzt die Person die Sache und wird im Besitze geschützt. Ist auch ein solcher Zustand nach den bisherigen Begriffen unmöglich, so kann er demnächst mit den Fortschritten der Technik möglich werden. Theoretisch sind demnach alle körperlichen Sachen besitz- und besitzschutzfähig oder können es doch werden.

Praktisch allerdings sind körperliche Sachen, soweit und solange sie der Einwirkung des Menschen überhaupt entzogen sind, nicht Gegenstand des Besitzes und des Besitzschutzes.[110]) Dies kann z. B. von der freien Atmosphäre und dem offenen Meere gelten, sowie von den ungebundenen Funktionen der Naturkräfte; aber mit Unrecht verneint Gärtner[111]) die Besitz- und Schutzfähigkeit der Elektrizität; wenn jemand die in meinen Akkumulatoren aufgespeicherte Elektrizität ableitet, stehen mir gegen diese Besitzstörung zweifellos die Besitzschutzmittel zu.[112])

Unkörperliche Sachen (z. B. immaterielle Rechte) be-

[109]) Schmelzer S. 42; Biermann § 859 Anm. 3.

[110]) Strohal nennt Sonne, Mond, Sterne.

[111]) S. 169, vgl. die dort in Anm. 7 Zitierten; ebenso Meisner S. 21; Endemann I S. 227.

[112]) Dernburg S. 2, 3 Anm. 7 und die dort Zitierten; Scherer III S. 17, 28; Kniep S. 442.

handelt das Bürgerliche Gesetzbuch überhaupt nicht als Sachen, sondern als Gegenstände (§ 90 B.G.B.);[113]) daher ist z. B. gegen eine Störung im Gewerbebetriebe kein Besitzschutz gegeben.

Allerdings wird durch § 12 eine dem § 862 nachgebildete Vorschrift zugunsten des Namensrechtes aufgestellt; aber schon durch die Stellung der Bestimmung außerhalb der eigentlichen Besitzschutzvorschriften ist zum Ausdruck gebracht, daß die in § 12 dem Namen gewährte Sicherung sich nicht als Besitzschutz darstellt; vielmehr bestätigt diese Sondervorschrift die grundsätzliche Ablehnung des Besitzschutzes unkörperlicher Sachen.

Da nun das Bürgerliche Gesetzbuch nur körperliche Sachen als Sachen behandelt, so ergibt sich, daß Sachgesamtheiten nicht zu den Sachen gehören, z. B. eine Herde. Zweifel, ob eine Sache oder eine Sachgesamtheit gegeben ist, sind nach der Verkehrsanschauung zu entscheiden; so ist z. B. eine Schachtel Streichhölzer als Sache anzusehen, dasselbe gilt von allen Mengen gemessener Flüssigkeiten (z. B. ein Liter Wein).[114])

Die Regel des römischen Rechtes, daß res sacrae et religiosae, sowie res publicae, extra commercium, mithin besitz- und schutzunfähig seien, ist bei dem Besitzbegriff des Bürgerlichen Gesetzbuchs hinfällig. Es ist nicht abzusehen, warum derjenige, welcher über eine im Gemeingebrauch stehende Sache die tatsächliche Gewalt ausübt, nicht Besitzschutz genießen sollte. Regelmäßig wird der Besitz an öffentlichen Sachen juristischen Personen des öffentlichen Rechts, dem Staate, der Gemeinde zustehen, welche entsprechend die Besitzschutzmittel auszuüben haben.[115])

---

[113]) Josef S. 270.

[114]) Turnau S. 11; Kniep S. 69; Gärtner S. 170; Strohal S. 31.

[115]) Männer S. 95; Turnau S. 11, 1b; Dernburg S. 51; a. M. Gärtner S. 170. Strohal S. 31 verweist auf das Landesrecht, Art. 109 E.G. z. B.G.B.

Der lebende Mensch kann nicht besessen werden. Ob dagegen abgetrennte Körperteile und der Leichnam Gegenstand des Besitzschutzes sind, ist objektiv zu bejahen und im einzelnen Falle nach der Verkehrssitte zu entscheiden.[116])

III. Voraussetzungen des Besitzschutzes.

§ 9.

1. Besitz.

Erste Voraussetzung des Besitzschutzes ist naturgemäß Besitz.

In welchen Formen Besitz einer Person an einer Sache möglich ist, und welcher Gestalt dieser Besitz in bezug auf die Ausübung der tatsächlichen Gewalt sein kann, ist oben ausgeführt.

Neben dem „corpus“ verlangte das römische Recht aber den „animus“. Im Bürgerlichen Gesetzbuch ist dies Erfordernis nicht formell ausgesprochen.

Indessen verfechten manche[117]) die Auffassung, daß der Besitzwille auch im Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs unentbehrlich sei. Sie stellen auf, ausgehend von dem Ausdruck „erlangen“ in § 854, daß man nur das „erlangen“ könne, wonach man „gelangt“ habe oder das man „verlangt“ habe, wozu in allen Fällen eine Betätigung des Besitzwillens nötig sei. Sie schließen aus § 867: „sofern nicht die Sache inzwischen in Besitz genommen worden ist“, daß zum Besitz eine Inbesitznahme, ein

---

[116]) Inwieweit Besitz und Besitzschutz an Teilen von Sachen gegeben ist, vgl. näher in § 3 dieser Abhandlung.

[117]) Jhering, Besitzwille S. 21 ff., Franck, Besitzwille S. 14 ff., S. 42; Dernburg S. 54, 55; Schulenburg S. 9; Gierke S. 4 Nr. 4; Endemann II S. 152 (§ 81 Nr. 4).

Apprehensionsakt,[118]) also eine Willenshandlung unerläßlich sei. Sie behaupten, das Gesetz habe den Ausdruck „Gewahrsam“ (für tatsächliche Gewalt) nur vermieden, um ein subjektives Erfordernis anzudeuten.[119]) Schließlich berufen sie sich auf „das im Besitzbegriff enthaltene psychische Moment“, das die Rechtsordnung nicht ignorieren dürfe.[120])

Die weitaus herrschende Meinung lehnt mehr oder weniger bestimmt das Erfordernis des Besitzwillens ab.[121]) Sie erkennt an, daß in sehr vielen, in den allermeisten Fällen der Wille, zu besitzen, ein Merkmal dafür abgeben kann, ob tatsächliche Gewaltsausübung bezw. Besitz vorliegt, erwägt aber, wie auch die Motive hervorheben, daß die Aufstellung dieses Erfordernisses die bedenkliche Folge hätte, daß man den Besitzschutz oft da versagen müßte, wo nach allgemeiner Auffassung Besitz vorliege, insbesondere bei Kindern und Geschäftsunfähigen.

Demgegenüber behaupten Jhering und seine Anhänger, auch von ihrem Standpunkte aus in allen solchen Fällen Besitzschutz gewähren zu können. So weist z. B. Franck darauf hin, daß der Besitzwille ein natürlicher, bei allen menschlichen Handlungen vorhandener, nicht mit dem rechtsgeschäftlichen Willen zu verwechselnder Begriff sei,

---

[118]) Jhering in seinen Jahrbüchern Bd. 32 S. 41—98; vgl. Bekker S. 28; Krahé S. 52.

[119]) vgl. Gärtner S. 131.

[120]) Demgegenüber hebt Kniep hervor, daß die Rechtsordnung auch den zum Besitzer machen könne, der den Willen nicht habe.

[121]) Planck § 854,2 Abs. 3; Strohal S. 66ff., 70; Goldschmid S. 111, 345; Biermann § 854; Fischer-Henle eod.; Staudinger eod.; Turnau-Förster S. 54; Bekker S. 28, 37, 39; Männer S. 93, 95; Josef S. 273; Bartels S. 646; Gärtner S. 129ff.; Kniep S. 59, 71, 86; Leonhard S. 70; Windscheid S. 691; Krahé S. 52; Cosack S. 69; Riso S. 26; Burghoff S. 16ff.; Lange S. 37; Matthiaß II § 3 S. 8 II; Affolter S. 3 Tot. S. 81; Prot. S. 3337.

daß daher auch Geschäftsunfähige besitzen können, wenn sie den Besitzstand haben wollten, d. h. sich mit ihm zufrieden gäben.

Es braucht aber bei dieser Rechtslage nicht darauf eingegangen zu werden, welch künstliche Konstruktionen eine solche Annahme bedingt, wie Jhering und seine Anhänger sie verteidigen. Denn da die beiderseitigen Gegner zu dem gleichen Ergebnis kommen und überall in gleichem Maße Besitzschutz gewähren, so ist für die Darlegung des Besitzschutzes als solchen der theoretische Streit belanglos.

Ebenso sind die Vorbehalte, welche einen Teil derjenigen, die einen Besitzwillen nicht grundsätzlich verlangen, nur theoretischer Natur und auf den Besitzschutz ohne Einfluß.[122])

---

[122]) Die Anerkennung, daß beim Erbenbesitz nach § 857 ein Besitzwille nicht erforderlich sei, wird von mehreren durch allerlei Vorbehalte eingeschränkt. So läßt Kniep Besitz ohne Willen nur dann zu, „wenn der Besitzer im Verhältnis zur Sache sich dort befindet, wo ihn die Rechtsordnung haben will". Dies widerlegt Gärtner S. 130, der aber seinerseits Besitz ohne Willen nur annimmt, „wenn allen Dritten gegenüber der Anschein des Wunsches besteht, daß der Besitzherr die Sache selbst berühren und die Antastung durch unbefugte Dritte als Verletzung empfinden würde". Das mag für viele Fälle zutreffen; sinngemäß wird aber damit lediglich ein Hinweis auf die Verkehrsanschauung ausgesprochen sein wollen. Förster-Turnau S. 54 gibt Geschäftsunfähigen nur dann Besitz, wenn sie, zwar nicht den Willen, aber die physische Kraft haben, auf die Sache einzuwirken. Danach könnte ein gelähmter Geisteskranker nicht besitzen. Diese willkürliche Aufstellung ist aus dem Gesetze nicht zu begründen. Vielmehr können sowohl infantes als furiosi besitzen und vollständigen Besitzschutz genießen. Denn wenn ein Geschäftsfähiger Besitz haben kann, ohne einen darauf gerichteten Willen, so können es auch diejenigen, die aus rechtlichen (z. B. wegen Geisteskrankheit Entmündigte) oder tatsächlichen Gründen (Säuglinge) nicht wollen können (Planck § 854; Affolter S. 1 ff.). — Der nasciturus kann nicht besitzen, aber nicht, weil er nicht wollen kann, sondern weil er keine Person ist, und Besitz Beziehungen zwischen einer Person und einer Sache voraussetzt. Aber da, wo

Auch hier wird die maßgebende Rolle für die Entscheidung, ob eine den Besitzwillen äußernde Betätigung vorliegt, und ob im Einzelfalle, wo auch bei freiester Auffassung des Besitzwillensbegriffs ein Besitzwille nicht zu finden ist, dennoch Besitz vorliegt, der Sitte und Auffassung des Verkehrs zuzuschreiben sein.[123])

§ 10.

2. Verbotene Eigenmacht und fehlerhafter Besitz.

1. Die Einwirkungen, gegen welche das Bürgerliche Gesetzbuch den Besitzer in seinem Besitze schützt, deren Vorliegen mithin den Besitzschutz bedingen, faßt § 858, 2 unter der Bezeichnung: „Verbotene Eigenmacht" zusammen. Er lautet: „Wer dem Besitzer ohne dessen Willen den Besitz entzieht oder ihn im Besitze stört, handelt, sofern nicht das Gesetz die Entziehung oder die Störung gestattet, widerrechtlich (verbotene Eigenmacht)."

Gesetzlich gestattet, und zwar nicht bloß im Bürgerlichen Gesetzbuch, sondern in der Gesetzgebung überhaupt,[124]) sind Eingriffe in fremden Besitz in den Fällen der Notwehr und des Notstandes nach §§ 227, des Selbsthilferechts des Mieters und des Gastwirts aus §§ 561, 1, 704; der Selbsthilfe nach § 859; ferner in den Fällen der §§ 904, 906, 910, auch 962. Dahin gehören weiter die Fälle der Zwangsvollstreckung und Arrestvollziehung nach den Vorschriften der Civilprozeßordnung, der Privatpfändung nach Art. 89 E.G. z. B.G.B.,[125]) sowie die Fälle des durch die Landesgesetze geregelten Jagd-, Wasser-, Deich-, Berg-

---

der nasciturus den Personen gleichgestellt ist, z. B. §§ 1963, 2141, besteht kein Grund, ihm Besitzschutz aus § 857 zu versagen; vgl. jedoch Strohal S. 30.

[123]) Planck a. a. O.; Strohal S. 94.

[124]) Art. 2 E.G. z. B.G.B.

[125]) vgl. Kniep S. 488; Ihering S. 523; Schmelzer S. 22.

rechts und der Enteignung.[126]) In Betracht kommen endlich die Fälle, wo das Gesetz, ohne formell die Gestattung der Eigenmacht auszusprechen, den Eingriff bestimmter Personen in den Besitz anderer als berechtigt anerkennt, so gemäß §§ 1373, 2205, 1984, 1985 B.G.B.; § 117 K.O.[127])

Überschreitung solcher gesetzlicher Gestattung ist verbotene Eigenmacht.[128])

Persönlich, vielleicht vertraglich, seitens des Besitzers gestattete Eingriffe setzen bezüglich der Rechtswirksamkeit der Erlaubnis Geschäftsfähigkeit des Erlaubenden voraus; denn ohne diese Vorsicht würden die zum Schutze der Geschäftsunfähigen im allgemeinen sowohl, als die zum Schutze des Besitzes im besonderen gegebenen Vorschriften, soweit der Besitz Geschäftsunfähiger in Frage stände, illusorisch.[129]) Die Einwilligung seitens des Besitzers muß im Augenblick der Einwirkung vorliegen, und zwar tatsächlich, nicht nur vermeintlich; hat der Besitzer die Erteilung der Erlaubnis nicht ernstlich gemeint, oder hat er sie vor der Einwirkung widerrufen, so nützt dem Störer weder entschuldbarer noch sonstiger Irrtum noch guter Glaube.[130]) Fehlt die Einwilligung oder überschreitet die Handlung die Grenze der Erlaubnis, so ist die Handlung verbotene Eigenmacht, selbst wenn der Besitzer vielleicht zur Erteilung der Zustimmung verpflichtet gewesen wäre. Andererseits braucht die Erlaubnis nicht ausdrücklich ge-

[126]) Strohal S. 49.

[127]) So Strohal S. 49; Bunsen S. 72; Bartels S. 674; Buhl S. 33; Planck zu § 1373 Nr. 2; Kniep S. 311; a. M. Krahé S. 20; Gärtner S. 166.

[128]) Rechtsprechung Bd. 4 S. 149.

[129]) Dernburg S. 68; Kniep S. 312.

[130]) Strohal S. 49; Dernburg S. 71; Biermann S. 9; Schmelzer S. 17; Gerstel S. 18; anders Staudinger § 863 1; Bunsen S. 76, der keine Eigenmacht dann annimmt, „wenn der Täter die Einwilligung annehmen durfte".

geben zu sein, es genügt, daß der Besitzer der Beeinträchtigung, trotzdem er sie kennt, nicht widerspricht.[131])

Hieraus, in Verbindung mit dem lediglich auf tatsächlichen Zuständen sich aufbauenden Besitzbegriff, folgt, daß allgemein eine objektiv widerrechtliche Handlung genügt, um den Besitzschutz zu begründen. Es wird nicht verlangt, daß schuldhaft, sondern nur, daß so gehandelt ist, „wie bei Unterstellung der vollen Zurechnung der Handlung und der Abwesenheit eines jeden Irrtums nicht hätte gehandelt werden sollen"; [132]) „zum Begriff verbotene Eigenmacht gehört nicht, daß der Besitz vorsätzlich oder fahrlässig entzogen oder gestört wird".[133])

[131]) Planck § 858, 1a.

[132]) Motive S. 110.

[133]) Denkschrift S. 107 (über die Nichtübereinstimmung mit den Mot. a. a. O. vgl. Reatz S. 781); so auch Planck § 858, 1b; Dernburg S. 69; Strohal S. 49f.; Kniep S. 312; Bartels S. 675; Reatz S. 782; Turnau S. 57; Biermann S. 9; Künkler S. 14; Krahé S. 19; Schulenburg S. 25; a. M. Gärtner S. 104; Bunsen S. 71, nach welchem die objektive Feststellung, daß die Handlung dem Willen des Besitzers nicht entsprach, nicht genügt; es sei vielmehr aus dem Verhalten des Besitzers und des Handelnden im einzelnen Falle festzustellen, „daß der Besitzer mit der Handlung nicht einverstanden war." Das Gesetz gibt hierfür keinen Anhalt; freilich wird in allen Fällen der Besitzer, der die Eigenmacht behauptet, das Fehlen seiner Einwilligung bezw. seinen Widerspruch zu beweisen haben. Gärtner a. a. O. (vgl. auch die dort zitierte Literatur) schließt aus dem Ausdruck „verbieten" in § 858 auf ein subjektives Moment; er zieht auch §§ 992, 2025 heran, denen zufolge wer sich durch verbotene Eigenmacht Besitz verschafft habe, gemäß den Vorschriften über den Schadensersatz wegen unerlaubter Handlungen haften solle; für diese sei aber Verschuldung vorausgesetzt. Aber der Schluß aus dem Worte „verbieten" ist durchaus nicht zwingend, eine bloße Wortspielerei; und der Umstand, daß die Vorschriften über den Schadensersatz ausdrücklich für anwendbar erklärt werden mußten, weist vielmehr gegen Gärtner darauf hin, daß sie ohne diese Sondervorschrift nicht anzuwenden wären, und grade mit Rücksicht auf den Mangel der Voraussetzungen des Schadensersatzes, insbesondere eines Verschuldens.

Jede hiernach nicht gestattete bezw. widerrechtliche Beeinträchtigung des Besitzes ist Besitzstörung oder Besitzentziehung.

Die beiden Begriffe der Entziehung und der Störung des Besitzes stehen einander sehr nahe, indem jede Entziehung zugleich eine Störung enthält. Versuche, sie gegeneinander abzugrenzen, sind für den Besitzschutz, da er in beiden Fällen die Wiederherstellung des bisherigen Zustandes bezweckt, nicht von großer Bedeutung.[134]) Es wird auch, wie Männer hervorhebt,[135]) wenn der durch verbotene Eigenmacht des Beklagten (d. h. des Täters) geschaffene Zustand, den der Kläger (d. h. der bisherige Besitzer) als Störung rügt, und dessen Beseitigung er verlangt, derartig ist, daß man dem Beklagten den Besitz zuschreiben muß (d. h. wenn tatsächlich Besitzentziehung vorliegt), sich der Klagantrag ändern und auf Wiedereinräumung entzogenen Besitzes richten lassen, ohne daß darin eine Änderung des Klagantrags zu erblicken wäre.

Eine regelrechte, vollendete Entziehung des Besitzes wird meist als solche leicht zu erkennen sein. Es ist jedoch daran festzuhalten, daß gemäß § 856, 2 eine ihrer Natur nach nur vorübergehende Verhinderung in der Ausübung der tatsächlichen Gewalt den Besitz nicht beendet; die Besitzstörung wird vielmehr zur Besitzentziehung, bezw. die Besitzentziehung ist vollendet, wenn „gegen oder ohne den Willen des Besitzers (sc. des unmittelbaren) und unter dessen Ausschließung ein anderer die tatsächliche Gewalt über die Sache ausübt".[136])

Besitzstörung[137]) kann in den verschiedensten Formen

---

[134]) Gärtner S. 163; Neumann § 860, 4; dagegen Windscheid I S. 712, 713; Schmelzer S. 1.

[135]) Männer S. 107; Strohal S. 133; Endemann S. 179; Gärtner S. 163; Krahé S. 44; Motive S. 116.

[136]) Riso S. 28.

[137]) Beispiele: Rechtspr. Bd. 4 S. 149, 290.

vorkommen. Der Besitz kann durch persönliche Eingriffe oder durch Anlagen, durch dauernde Vorrichtungen oder durch einmalige oder wiederholte Belästigung gestört werden; Besitzstörung kann durch Entziehung von Luft, Kraft, Wärme,[138]) Licht,[139]) Elektrizität,[140]) oder durch Zuführung derselben, auch durch sonstige Einwirkungen mittels Geräusch, Licht, Wärme, Elektrizität[141]) geschehen. Auch vis compulsiva kann eine Besitzstörung darstellen; in der Regel ist eine solche Bedeutung den Verboten, Drohungen und bestreitenden Äußerungen nur dann zuzuschreiben, wenn durch die Vergewaltigung des Willens die Ausübung der tatsächlichen Gewalt objektiv oder subjektiv (z. B. wenn der Besitzer sehr furchtsam ist) beeinträchtigt wird. Es ist somit nicht die Drohung, sondern der Ausschluß der freiwillkürlichen Ausübung der tatsächlichen Gewalt durch den Besitzer maßgebend.[142]) Die Motive[143]) überlassen es der Entscheidung der Doktrin und Praxis, ob durch Drohungen ein Zustand der Rechtsunsicherheit herbeigeführt werden könne, welcher die Zulassung der possessorischen Klage rechtfertigt.

Im übrigen kommt es auf die Unterscheidung vi, clam, precario erlangten Besitzes nur insoweit an, als im precarium ein Klaggrund für verbotene Eigenmacht nicht zu sehen ist.[144])

---

[138]) Deutsche Juristenzeitung III S. 58.

[139]) vgl. auch Art. 124 E.G. z. B.G.B.

[140]) Deutsche Juristenzeitung I S. 446.

[141]) Kniep S. 440, 441; vgl. auch Dernburg S. 79 II, 1; Bunsen S. 80; Volkmar S. 382.

[142]) Männer S. 109; Cosack S. 80; Kniep S. 451; Schulenburg S. 25; Krahé S. 18; Schmelzer S. 32; Pagenstecher S. 40; für das ältere Recht Bruns S. 396; a. M. Bartels, der daraus, daß dem Besitzbegriff der animus fremd ist, schließt, daß eine turbatio animi zur Besitzstörung nicht genüge; Dernburg S. 81 Anm. 9; Endemann S. 181.

[143]) Motive S. 126.

[144]) Neumann § 858; Gärtner S. 163; Turnau S. 58.

Nach alledem muß die eigenmächtige Störung von einer Person ausgehen, denn nur Personen können das Besitzverhältnis bezw. die Einwilligung des Besitzers beurteilen, und nur den Personen (nicht z. B. Tieren) gestattet das Gesetz gewisse Eingriffe.[145])

Der Gestörte seinerseits muß Besitzer sein, und zwar unmittelbarer[146]) Teil-, Mit-, Erben- oder Eigenbesitzer. Der Nichtbesitzende, z. B. der Verlierer,[147]) oder der vermeintlich besitzende Gestörte, z. B. der tatsächlich nur Besitzdiener ist, genießt keinen Besitzschutz. Daß aber der Gestörte ein rechtliches Interesse an der Unterlassung der Störung habe, ist nicht erforderlich, viel weniger, daß ihm ein Recht zum Besitz zustehe.[148])

Als verbotene Eigenmacht läßt sich hiernach jede Behinderung des Besitzers in der Ausübung der tatsächlichen Gewalt über die Sache durch eine andere Person, sofern nicht der Besitzer selbst oder das Gesetz die Behinderung gestattet, bezeichnen.

2. § 858 Abs. 2: „Der durch verbotene Eigenmacht erlangte Besitz ist fehlerhaft. Die Fehlerhaftigkeit muß der Nachfolger im Besitz gegen sich gelten lassen, wenn er Erbe des Besitzers ist oder die Fehlerhaftigkeit des Besitzes seines Vorgängers beim Erwerbe kannte", gibt nur den im Besitzschutzprozeß passiv Legitimierten einen Namen.

---

[145]) Endemann I S. 433 Anm. 1; Schmelzer S. 9.

[146]) Denn nur die Gewalt und die Einwilligung einer Person, des unmittelbaren (nicht des mittelbaren zugleich) Besitzers kann maßgebend sein.

[147]) Planck § 868, 2 b, z und die dort Zitierten.

[148]) Motive S. 110, 111: „Eine Ausnahme zugunsten des Besitzers, dem ein Inhaber ohne eigenes rechtliches Interesse gegenübersteht, wie solche im A.L.R. I 7 § 144, 145 gemacht wird, würde mit der prinzipiellen Auffassung der Rechtsstellung des Inhabers nicht stimmen, daneben aber auch zu praktischen Bedenken führen, wenn man sie so verstehen wollte, daß das Vorliegen eines rechtlichen Interesses die nachzuweisende Voraussetzung der dem Inhaber gewährten Rechtsposition sein soll"; Krahé S. 17; Kniep S. 435.

Der Besitzentzieher besitzt fehlerhaft. Da aber der Besitzer als solcher Besitzschutz genießt, so ist jede gegen den besitzenden Besitzentzieher gerichtete, nicht von ihm oder dem Gesetz gestattete Eigenmacht verboten und widerrechtlich, obgleich sein Besitz fehlerhaft ist. Da aber andererseits das Gesetz in §§ 859 ff. dem früheren Besitzer — aber nur diesem — in bezug auf seinen früheren, entzogenen Besitz Eigenmacht gestattet, so ergibt sich, daß der fehlerhafte Besitzer dem früheren Besitzer gegenüber — aber nur ihm (oder nach § 857 auch seinem Erben) gegenüber — aus der Besitzentziehung schutzlos haftet.[149]) Jedem Dritten gegenüber ist der fehlerhafte Besitzer in seinem widerrechtlich erworbenen Besitze geschützt.[150])

Dem fehlerhaften Besitzer sind gewisse Personen, denen nach ihrer Rechtsstellung Kenntnis der Sachlage zuzumuten ist, gleichgestellt: auch die Nachfolger im Besitz des Besitzentziehers genießen gegenüber dem rechtmäßigen Besitzer keinen, jedem Dritten gegenüber vollen Besitzschutz.[151])

Es ist dies zunächst „der Erbe" des fehlerhaften Besitzers. Als Erbe des Besitzers in diesem Sinne ist nicht nur derjenige anzusehen, der über die Sache als Erbe die tatsächliche Gewalt erlangt hat, sondern auch derjenige, auf welchen der Besitz nach § 857 übergegangen ist, obwohl er vielleicht die tatsächliche Gewalt auszuüben nicht in der Lage ist. Denn auch der letztere ist jedenfalls Nachfolger im Besitze im Sinne des § 858, 2 und Erbe mindestens im Sinne der Besitzvorschriften.[152])

---

[149]) Krahé S. 21.

[150]) Mot. S. 122: „Die Fehlerhaftigkeit ist eine relative Eigenschaft und besteht demjenigen gegenüber, gegen welchen die verbotene Eigenmacht geübt ist, und gegenüber seinen Sachen."

[151]) vgl. Denkschr. S. 107.

[152]) Es folgt dies schon daraus, daß der entsprechende Paragraph im I. Entwurf, § 2053, welcher die Ansprüche aus verbotener

Andererseits aber genügt nicht, daß jemand zwar Nachfolger des Erblassers im Besitze der Sache, aber nicht auf Grund von Vererbung, sondern z. B. von Schenkung unter Lebenden wird; vielmehr muß der Nachfolger im Besitz den Besitz ererbt, als Erbe erlangt haben.[153])

Hat er ihn nicht als Erbe erlangt, so tritt ein weiteres Erfordernis hinzu. Nämlich die Fehlerhaftigkeit des Besitzes des Erben nach § 858, 2 ist nicht durch Kenntnis der Fehlerhaftigkeit des Besitzes seines Besitzlassers bedingt. Dagegen gilt jeder andere Nachfolger im Besitz, z. B. auch der Erbe des fehlerhaften Besitzers, welcher den Besitz schon zu Lebzeiten des Erblassers erlangt hatte, nur dann als fehlerhafter Besitzer, wenn er die Fehlerhaftigkeit des Besitzes seines Vorgängers bei dem Erwerbe kennt. Und zwar ist positive Kenntnis vorausgesetzt; fahrlässige oder sonst schuldhafte Nichtkenntnis ist hier der Kenntnis nicht gleichgestellt;[154]) und diese Kenntnis muß bei dem Erwerbe bestanden haben; mala fides superveniens schadet nicht.[155])

Erforderlich ist ferner „Besitznachfolge". Als Besitznachfolger ist jeder anzusehen, der unmittelbar nach einem

---

Eigenmacht für passiv vererblich erklärte, durch § 857 ersetzt und mit Absicht in den Abschnitt über Besitzschutz aufgenommen ist; vgl. Planck § 858, 3a.

[153]) Mot. S. 123: „Der Erbe muß die Inhabung als Erbe erlangt haben. Das Erbesein genügt nicht, wenn die Inhabung anders erlangt, z. B. die Sache von dem Erblasser vor dessen Tode tradiert ist"; Planck a. a. O.; Biermann § 858, 7b; Turnau § 858, 7.

[154]) Praktisch würde eine solche Bestimmung zu weit führen; je nachdem man den Begriff des Verschuldens weiter oder enger faßt, wäre niemand in seinem Besitz mehr sicher. Andererseits würde auch der Beweis des Verschuldens um so schwerer zu führen sein, je öfter der Besitz gewechselt hat; Planck § 858, 3b; Biermann § 858, 2c; Cosack § 190 IVc; Gärtner S. 182; Schmelzer S. 50; Prot. S. 3352f.

[155]) Biermann a. a. O.; Turnau § 858, 2; Gärtner S. 181; Schulenburg S. 18; aber Kniep S. 103.

anderen die tatsächliche Gewalt über eine Sache ausübt, gleichviel, wie er den Besitz erlangt hat; also nicht nur, wer mittelst Rechtsgeschäfts, sondern auch wer durch Zufall oder durch verbotene Eigenmacht Herr der Sache geworden ist.[156]) Wenn B den A eine im Besitze des C befindliche Sache stehlen sieht, ihm auflauert und ihm die Sache abnimmt, so ist B Besitznachfolger des A im Sinne des § 858. Nachfolger ist aber auch der Nachfolger des Nachfolgers, nicht bloß der Nachfolger des Dejizienten. Manche[157]) ziehen den umgekehrten Schluß daraus, daß ein Nachfolger nach dem Wortlaut des Gesetzes nicht „fehlerhaft besitze", sondern nur die Fehlerhaftigkeit des Besitzes seines Rechtsvorgängers „gegen sich gelten lassen" müsse; der Nachfolger des Nachfolgers könne also höchstens Kenntnis haben, daß sein Vorgänger die Fehlerhaftigkeit des Besitzes seines eigenen Vorgängers gegen sich gelten lassen müsse, nicht aber die im Gesetz nicht ausgesprochene, mithin nicht vorhandene Fehlerhaftigkeit des Besitzes seines Vorgängers kennen. Die Unrichtigkeit dieser Buchstabeninterpretation folgt §§ 861, 862, wo durch die Wendung: „welcher ihm gegenüber fehlerhaft besitzt", auch die Nachfolger offenbar getroffen sind.[158])

Kenntnis der Fehlerhaftigkeit des Besitzes weiterer Vormänner schadet dem Nachfolger nicht, wenn er die

---

[156]) So Planck a. a. O.; a. M. Biermann § 858, 2d.

[157]) z. B. Bunsen, Einführung in das B.G.B. II S. 20; dag. richtig Strohal S. 123; Männer S. 93; Windscheid S. 735; Planck § 858, 3b; Biermann § 858, 7c; Kniep S. 425; Gärtner S. 183; Krahé S. 23; Schmelzer S. 51; Schulenburg S. 28.

[158]) Prot. S. 3354: „Daß nur Rechtsnachfolger eines fehlerhaften Besitzers, sofern sie bei dem Erwerbe die Fehlerhaftigkeit des Besitzes ihres Vorgängers gekannt haben, der Klage haften, nicht dagegen Nachfolger eines Besitzers, der seinerseits von der Fehlerhaftigkeit des Besitzes seines Vorgängers bei dem Erwerbe keine Kenntnis hatte, also fehlerfrei besaß." Biermann a. a. O.; Turnau § 858, 2; Josef S. 282; Männer S. 106.

Fehlerhaftigkeit des Besitzes seines eigenen unmittelbaren Vordermannes nicht kennt. Wenn D beim Besitzerwerb weiß, daß B dem A die Sache durch verbotene Eigenmacht entzogen hat, und irrtümlich meint, daß sein unmittelbarer Vordermann C von B den Besitz der Sache rechtmäßig und im guten Glauben erworben hat, so braucht er die Fehlerhaftigkeit des Besitzes seines Vordermannes C nicht gegen sich gelten zu lassen.[159]) Um so weniger, wenn C tatsächlich fehlerfrei erworben und besessen hat.[160]) Der erste fehlerfrei besitzende Nachfolger unterbricht für alle weiteren Nachfolger die Rechtswirkungen des § 853, 2; aber natürlich nur dem Dejizienten gegenüber; hat unter den weiteren Nachfolgern der eine dem anderen mittelst verbotener Eigenmacht den Besitz entzogen, so kommt es diesem gegenüber auf die Kenntnis der Fehlerhaftigkeit des von ihm herrührenden Besitzes an.

Die Vorschrift des § 858, 2 ist nur bei Besitzentziehung anwendbar, denn sie setzt voraus, daß der Dejizient den Besitz „erlangt“ habe;[161]) dabei hat der Besitzentsetzte, der sich auf § 858, 2 beruft, die Voraussetzungen des Erbganges oder der sonstigen Nachfolge in bezug auf die besessene Sache zu beweisen.[162])

---

[159]) Cosack S. 83 meint dagegen, die Nachfolger haften nur, wenn sie die Fehlerhaftigkeit des Besitzes sämtlicher Zwischenmänner kennen.

[160]) Bunsen S. 78 verlangt, daß der Nachfolger: 1. die Fehlerhaftigkeit des Besitzes des Vorgängers, 2. dessen Kenntnis von der Fehlerhaftigkeit kenne. Damit ist nichts besonderes gesagt. Denn wenn der Vormann die Fehlerhaftigkeit seines eigenen Besitzes nicht kennt, so besitzt er eben gutgläubig, sein Besitznachfolger mithin fehlerfrei.

[161]) Biermann S. 9.

[162]) Dernburg § 189 Nr. 10; Krahé S. 23; Planck § 858.

IV. Die Besitzschutzmittel.

A. Selbstschutz.

§ 11.

1. Selbstverteidigung.[163])

„Der Besitzer darf sich verbotener Eigenmacht mit Gewalt erwehren", bestimmt § 859 Abs. 1; er gibt somit ein Besitzschutzmittel gegen Störungen im Besitz.[164])

Subjekt dieses Verteidigungsrechtes ist „der Besitzer", jedenfalls also der unmittelbare Besitzer. Auf den mittelbaren Besitzer kann die Vorschrift sinngemäß keine Anwendung finden;[165]) denn abwehren kann nur der, welcher in unmittelbarer Gewaltsbeziehung zu der bedrohten Sache steht. Deshalb ist im § 869 die Bestimmung des § 859 unter die dem mittelbaren Besitzer bei Fällen gegen den unmittelbaren Besitzer ausgeübter verbotener Eigenmacht zustehenden Schutzmittel nicht aufgenommen. Insbesondere

---

[163]) Kuhlenbeck, Handausgabe des B.G.B. I S. 533.

[164]) Denn eines vollendeten Angriffs kann man sich nicht mehr „erwehren". Über die Art der Störung (ob dauernd oder bevorstehend), vgl. Staudinger S. 13 Anm. I 2a; Schmelzer S. 31.

[165]) Prot. S. 3736: „Es sei gänzlich überflüssig, dem mittelbaren Besitzer auch das dem Besitzer nach § 815 zustehende Selbsthilferecht zu gewähren." Denkschr. S. 111: „Die Gewährung der im § 843 bestimmten Selbstschutzbefugnisse ist allerdings entbehrlich, da die allgemeinen Vorschriften der §§ 221 ff. über Selbstverteidigung und Selbsthilfe dem mittelbaren Besitzer hinreichende Freiheit zur Wahrung seiner Rechte lassen." Biermann §§ 869, 2, 859 I. Der Selbstschutz aus § 227 ff. steht also dem mittelbaren Besitzer sowohl gegen verbotene Eigenmacht Dritter, als gegen Beeinträchtigung durch den unmittelbaren Besitzer zu. vgl. Wendt S. 58; Bekker S. 12; Gärtner S. 167; Gierke S. 7 Anm. 15; Fischer-Henle S. 419; Kuhlenbeck II S. 462; vgl. ferner Dernburg S. 74; Windscheid I S. 699; Strohal S. 52, 57; Staudinger S. 25 A Ia; Neumann I S. 555.

hat der mittelbare Besitzer auch kein Abwehrrecht gegen den unmittelbaren Besitzer oder ev. dessen Besitzdiener.[166]) Dagegen steht jedem Teilbesitzer und Mitbesitzer, ferner auch dem Erbbesitzer der Schutz aus § 859 I zu.

Auch einem Nichtbesitzer ist der Schutz gewährt, nämlich dem Besitzdiener (§ 860), weil dieser ja nicht selbständige, sondern die dem Besitzherrn zustehende tatsächliche Gewalt ausübt; aber eben deswegen steht ihm der Schutz nur insoweit zu, als die abzuwehrende Beeinträchtigung sich als verbotene Eigenmacht gegen den Besitzherrn darstellt, und auch dann nur innerhalb der Grenzen seiner Besitzdienerschaft.[167]) Hatte z. B. der Besitzherr seine Einwilligung zu der beeinträchtigenden Handlung gegeben, so handelt der Besitzdiener widerrechtlich, wenn er sie abwehrt. Das gleiche gilt, wenn der Besitzherr dem Besitzdiener die Ausübung des Abwehrrechts untersagt hat.[168]) Daß dem Besitzdiener das Abwehrrecht gegen den Besitzherrn nicht zusteht, ist selbstverständlich.[169])

Umgekehrt aber kann sich der unmittelbare Besitzer eines verbotenen Eingriffs des Besitzdieners erwehren; und er sowohl als sein Besitzdiener genießen den Schutz des § 857 gegen den mittelbaren Besitzer.[170])

Der Besitzer darf mit Gewalt seinen Besitz ver-

---

[166]) Strohal S. 55, 52, 122; Männer S. 104; Staudinger S. 25; Biermann S. 10; Turnau S. 58; Cosack S. 82; Planck § 869; unrichtig Fischer-Henle § 869 Anm. 6; Gierke S. 7 Anm. 15; Bekker S. 68; Gärtner S. 167.

[167]) Das Abwehrrecht beschränkt sich auf den Ressort des Besitzdieners, so Planck § 860 Anm.; dagegen Windscheid I S. 695; Schmelzer S. 58.

[168]) Planck a. a. O.; Schulenburg S. 34: auch trotzdem der Besitzdiener aus §§ 227 f. zur Abwehr berechtigt wäre; Schmelzer S. 55.

[169]) Cosack II S. 97; Dernburg S. 73 Anm. 8; Planck S. 36 Anm. 2a, b; Biermann S. 19 Anm.

[170]) So Schmelzer S. 65 und die dort zitierte Literatur; anders Buhl S. 41; Bekker S. 69 Anm. 18.

teidigen, seine Handlung ist mithin ein Fall gesetzlich gestatteter Eigenmacht nach § 858 I. Wer sich ihr widersetzt, begeht gegebenenfalls seinerseits verbotene Eigenmacht und wird schadenersatzpflichtig nach §§ 823 ff.

Durch dies Verteidigungsrecht ist nur der bestehende Besitz geschützt; die Anwendung des § 859 I fällt somit aus, wenn der Besitz bereits entzogen ist (vgl. oben Note 164), beschränkt sich also auf Besitzstörungen, d. h. auf beginnende oder fortdauernde, umfaßt aber nicht beendigte, abgeschlossene oder zur Entziehung gediehene Eingriffe. Ebenso ist aber auch keine Abwehr aus § 859 I gegen erst zu erwartende Störungen gestattet, insofern nicht Drohungen als Störung anzusehen sein können.[171])

Das Abwehrrecht geht gegen denjenigen welcher verbotene Eigenmacht verübt. Dadurch sind nur Personen getroffen; Tiere und andere Sachen können nicht verbotene Eigenmacht im Sinne des Gesetzes verüben; wohl aber können sie Personen als Werkzeuge zu widerrechtlicher Störung dienen.

Den widerrechtlich Eigenmächtigen sind hinsichtlich der Rechte aus § 859 die nach § 858, 2 fehlerhaft Besitzenden gleichgestellt; diese Vorschrift kann aber auf das Abwehrrecht aus § 859, 1 keine Anwendung finden, da § 859, 1 einen höchstens ins Werk gesetzten, § 858, 2 dagegen einen vollendeten Eingriff (das „Erlangen" des Besitzes) voraussetzt.[172]) Umgekehrt steht dem Besitzer, welcher dem Angreifer gegenüber fehlerhaft besitzt, das Abwehrrecht nicht zu, denn in diesem Fall ist der Angriff keine verbotene, sondern gesetzlich gestattete Eigenmacht.[173])

[171]) Reatz S. 796 unterscheidet persönliche, sachliche und persönlichsachliche Störungen: Endemann I S. 433 Anm. 4; Schmelzer S. 9. Gegen Tiere ist aber immer Selbsthilfe aus § 227 f. gegeben; Bekker S. 275.

[172]) Planck § 859 Nr. 2; Schmelzer S. 48; a. M. Kniep Riso S. 30, 31.

[173]) a. M. Cosack S. 98; Kniep S. 312.

Das Abwehrrecht aus § 859 I ist dem Selbsthilferecht aus § 227 [174]) entlehnt und deckt sich vielfach mit ihm. Der dort aufgestellten Voraussetzung eines rechtswidrigen Angriffs entspricht hier die verbotene nach § 858 widerrechtliche Eigenmacht, der zur Abwendung des Angriffs erforderlichen Verteidigung das Recht der gewaltsamen Erwehrung. Denn auch die gewaltsame Erwehrung darf das „erforderliche Maß" nicht übersteigen. Sobald nämlich der Besitzer weitergeht, als zur Abwehr erforderlich ist, wehrt er nicht mehr ab, sondern er greift an.[175]) Wie weit die Abwehrhandlung gehen darf, ist im Einzelfall zu entscheiden; es ist z. B. denkbar, daß Inbesitznahme der den Besitz bedrohenden Sache durch den Besitzer erforderlich sei.[176])

Entsprechend § 227 liegt gleichfalls keine Abwehr vor, wenn der Eingriff nicht „gegenwärtig", d. h. im Sinne des § 227 unmittelbar bevorstehend oder im Gange ist; dies folgt schon daraus, daß sobald der Eingriff nicht mehr im Werke, sondern abgeschlossen ist, dem Besitzer ein anderweites Schutzmittel, aus § 859, 3 gegeben ist.[177])

Doch ergibt sich in den Wirkungen der beiden Vorschriften namentlich der Unterschied, daß § 227 auch dem mittelbaren Besitzer (und jedem Dritten)[178]) das Recht der Verteidigung des Besitzes des unmittelbaren Besitzers gewährt, während § 859, 1 es jedem, außer dem unmittelbaren

[174]) Planck § 859 I; Bekker S. 11; Künkler S. 5; Gerstel S. 33; Mot. S. 112 (?); anders Kniep S. 312, 313; Staudinger § 859 I, der das Recht des Besitzers auf Abwehr als ein besonderes Vorrecht des Besitzers auffaßt, das nicht an die Beschränkungen der allgemeinen Selbsthilfe gebunden sein könne. Dag. Schmelzer, S. 8, der in § 859 nur einen Spezialfall von § 227 sieht; Bunsen S. 73.

[175]) Planck § 859, 2; Schmelzer S. 29; Biermann § 859, 2; Krahé S. 25; Riso S. 22; Mot. 113 (?). Er darf sich also auch nicht mit Gewalt Ersatz für den Schaden nehmen.

[176]) vgl. Reatz S. 800; a. M. Schmelzer S. 12.

[177]) Cosack S. 97.

[178]) Schmelzer S. 27.

Besitzer selbst, versagt. Denn zur Begründung des Verteidigungsrechtes aus § 227 genügt die Abwendung eines Angriffs „von einem andern“.[179]) Die gleiche Befugnis aus § 227 besteht für den mittelbaren Besitzer und jeden Dritten, wenn der Besitzdiener in der Ausübung der tatsächlichen Gewalt des Besitzherrn bedroht ist.

Der Abwehrexzeß verpflichtet den Selbsthilfeberechtigten zum Schadensersatz, aber nicht nach § 231, sondern nach Maßgabe der Vorschriften über unerlaubte Handlung; denn § 859, 1 enthält ein den Schutz des Besitzers bezweckendes Gesetz im Sinne des § 823, 2.[180]) [181])

2. Selbsthilfe.

§ 12.

a) Bei beweglichen Sachen.

§ 859 Abs. 2 und 3 bilden die entsprechende Ergänzung des Abs. 1 da, wo der Eingriff über das Stadium des Angriffs, der Störung hinaus zur Vollendung gelangt ist.

Wie Abs. 1 an § 227, so lehnen sich Abs. 2 und 3 an § 229 an.

§ 859 Abs. 2 bestimmt nämlich: „wird eine bewegliche Sache dem Besitzer mittels verbotener Eigenmacht weggenommen, so darf er sie dem auf frischer Tat betroffenen oder verfolgten Täter mit Gewalt wieder abnehmen“;[182])

---

[179]) Prot. S. 3736: „Die in den §§ 191 ff. getroffenen allgemeinen Bestimmungen reichten zum Schutze d. mittelbaren Besitzers völlig aus.“

[180]) Strohal S. 65; Planck § 8592; Biermann § 859,1; Kniep S. 327; Lobe S. 36; Wendt, Jherings Jahrb. Bd. 21 S. 116; Bekker S. 11, 12; zweifelhaft Dernburg S. 71, 3a, Anm. 3. Ganz anders Josef, S. 288, der aufstellt, daß das B.G.B. einen Schadensersatzantspruch aus verletztem Besitz überhaupt ablehne.

[181]) Über das Verhältnis des § 859, 1 zur strafrechtlichen Notwehr vgl. Riso S. 21.

[182]) „Wiederschaffungsrecht“; „Recht der Nacheile oder Spurfolge“; vgl. Staudinger § 859,2; Motive 112; Dernburg S. 71.

§ 229: „wer zum Zwecke der Selbsthilfe eine Sache wegnimmt, zerstört oder beschädigt, oder wer zum Zwecke der Selbsthilfe einen Verpflichteten, welcher der Flucht verdächtig ist, festnimmt oder den Widerstand des Verpflichteten gegen eine Handlung, die dieser zu dulden verpflichtet ist, beseitigt, handelt nicht widerrechtlich, wenn obrigkeitliche Hilfe nicht rechtzeitig zu erlangen ist und ohne sofortiges Eingreifen die Gefahr besteht, daß die Verwirklichung des Anspruchs vereitelt oder wesentlich erschwert werde".

Das wichtigste Unterscheidungsmerkmal liegt hiernach darin, daß der Besitzer an die beiden letzten Voraussetzungen des § 229 nicht gebunden ist.[183]) Ihm steht das Selbsthilferecht zu, sowohl wenn obrigkeitliche Hilfe wohl zu erlangen wäre, aber ohne sofortiges Eingreifen die Gefahr der Vereitelung der Anspruchsverwirklichung bestände, als auch wenn obrigkeitliche Hilfe nicht zu erlangen ist, er aber auch keinerlei Interesse an dem sofortigen Eingreifen, oder am Eingreifen überhaupt hat, als auch endlich, wenn keine von beiden Voraussetzungen zusammen vorliegt, d. h. wenn obrigkeitliche Hilfe rechtzeitig zur Hand wäre und keinerlei Erschwerung der Anspruchsverwirklichung zu befürchten ist.

Geht aber in dieser Richtung das Recht aus § 859, 2 über dasjenige aus §§ 229 f. hinaus, so ist es andererseits insofern enger begrenzt, als es Gewaltanwendung nur mit gewissen zeitlichen Beschränkungen, also nicht immer, wie § 230, in dem vollen Maße zuläßt, welches zur Abwehr der Gefahr erforderlich erscheint.[184])

---

[183]) Anders im preußischen Landrecht; Schulenburg S. 29; Schmelzer S. 10.

[184]) Planck § 859 Abs. 3, der daraus den logischen Schluß zieht, daß die Handlung des die Grenzen des ihm nach § 859, 2 gewährten Selbsthilferechts überschreitenden Besitzers unter Umständen noch durch § 229 gedeckt sein kann.

Ein weiterer, allerdings die Frage des Besitzschutzes nicht unmittelbar berührender Unterschied liegt im Maße des bei irriger Annahme berechtigter Selbsthilfe, insbesondere beim Selbsthilfeexzeß zu leistenden Schadensersatzes. Wer nämlich nach § 229 Selbsthilfe ausgeübt hat, haftet dann wegen der bloßen Verursachung des Schadens, auch ohne Verschulden (§ 231), während der irrtümlich nach § 859, 2 sich selbst helfende Besitzer nur gemäß der allgemeinen Vorschriften über Schadensersatz bei unerlaubten Handlungen (§§ 823 ff.) verpflichtet ist.[185])

Im übrigen wird § 859,2 im allgemeinen durch § 229 gedeckt.

§ 859,2 setzt nun zunächst einen Besitzer voraus. Gemeint ist hier wie beim Abwehrrecht (vgl. dort) sinngemäß nicht auch der mittelbare Besitzer,[186]) vielmehr nur der unmittelbare Besitzer, mag er nun Eigen-, Mit-, Teil-, oder Erbbesitzer sein. Ferner steht auch dies Besitzschutzmittel nach § 860 wie dem Besitzherrn, so seinem Besitzdiener zu (vgl. oben § 11).

---

[185]) Planck § 859, 3c; Biermann § 859, 2.

[186]) Am allerwenigsten gegen den unmittelbaren Besitzer; gegen Dritte hat er gegebenenfalls das Recht aus § 229. Dernburg S. 73 und die dort zitierten Stellen der Materialien; Wendt S. 58; Planck § 869, 2; Männer S. 104; Staudinger S. 25; Turnau S. 59; Bunsen S. 74; Künkler S. 35; Schulenburg S. 40; Krahé S. 53; Biermann § 859, 3a, § 869, 2; a. M. Buhl S. 42; Bekker S. 68; Kniep S. 316; Fischer-Henle § 869 Anm. 6; Grützner S. 333. Strohal S. 51 gesteht dem mittelbaren Besitzer das Recht aus § 859, 2 dann zu, wenn er sich dasselbe vertraglich vorbehalten hat. Umgekehrt aber genießt der unmittelbare Besitzer vollen Schutz aus § 859, 2, mag er ihn nun persönlich oder durch seinen Besitzdiener oder unter Zusammenwirkung mit diesem (Riso S. 32) verwirklichen, gegen den mittelbaren Besitzer. Der Wirkung nach gilt gegenüber dem unmittelbaren Besitzer das gleiche, wie für den mittelbaren Besitzer, so für den Besitzdiener. Der letztere ist gegen Eingriffe des Besitzers durch § 859, 2 nicht geschützt, da er nicht Besitzer ist; wohl aber umgekehrt.

Betroffen wird durch das Selbsthilferecht derjenige, welcher dem Besitzer den Besitz entzogen hat, ferner sein Besitzerbe, schließlich seine sonstigen Besitznachfolger, sofern sie beim Erwerbe die Fehlerhaftigkeit des Besitzes ihres Vormannes kennen.[187])

Wann die eigenmächtige Wegnahme vollendet ist, muß gemäß der Verkehrsanschauung danach beurteilt werden, ob der Besitzer noch die tatsächliche Gewalt auszuüben in der Lage ist. Denn der Wendung im Abs. 2: „wird eine bewegliche Sache dem Besitzer weggenommen" entspricht im Abs. 3: „wird dem Besitzer eines Grundstücks der Besitz entzogen"; es folgt daraus, daß auch in Abs. 2 unter „Wegnahme" die Entziehung des Besitzes zu verstehen ist.[188]) Es ist also nicht erforderlich, daß der Täter zu einem festen Besitzstande gekommen sei,[189]) sondern nur, daß die Herrschaftsbeziehung des Besitzers zur Sache den tatsächlichen Umständen nach gelöst ist.[190]) Das Wiederbemächtigungsrecht stellt sich daher als ein Anspruch auf Wiederinbesitznahme dar. Die mit dem lediglich auf den Tatsachen sich aufbauenden Besitzbegriff des Bürgerlichen Gesetzbuchs nicht vereinbare Fiktion des 1. Entwurfes § 815, 2: „im Falle der Wiederabnahme ist der Besitz als nicht unterbrochen anzusehen" ist in das Bürgerliche Gesetzbuch nicht übernommen.

Von großer praktischer Bedeutung ist der Streit um

---

[187]) § 859, 4; Krahé S. 30; Bekker S. 13 bezeichnet diese Vorschrift als Redaktionsfehler.

[188]) Es entspricht dem Sprachgebrauch nicht, bei beweglichen Sachen von „Entziehung des Besitzes" zu reden; daher die redaktionelle Verschiedenheit zwischen Abs. 2 und 3.

[189]) Wie Bähr im Arch. für bürgerl. Recht 2 S. 120 annimmt.

[190]) Reatz S. 800ff.; Kniep S. 313; Windscheid I S. 694γ meinen, im Falle des § 859, 2 sei der Besitz nicht ohne weiteres verloren; denn gelinge die Wiederinbesitznahme, so liege nur eine vorübergehende Verhinderung im Sinne des § 856, 2 vor; a. M. richtig Schmelzer S. 40; Künkler S. 24; Riso S. 29; Gärtner S. 162.

die Grenzen zwischen Störung und Entziehung nicht, da die Vertreter beider Auffassungen trotz des theoretischen Gegensatzes ungefähr den gleichen Besitzschutz gewähren, die einen nach § 859, 1, die anderen nach § 859, 2.

Das Wiederbemächtigungsrecht aus § 859, 2 gestattet dem Besitzer die Anwendung von Gewalt, da es jedoch nur auf Wiederabnahme der Sache gerichtet ist, darf er größere oder gefährlichere Gewalt als zu diesem Zwecke erforderlich ist, nicht anwenden; soweit aber diese Voraussetzung zutrifft, ist Gewalt auch gegen Person und Leben des Täters gestattet.[191]) Die Handlung des Besitzers ist danach nicht widerrechtlich und macht ihn weder nach § 823 B.G.B. schadensersatzpflichtig, noch strafrechtlich, etwa wegen Körperverletzung, Sachbeschädigung, Hausfriedensbruchs, verantwortlich.[192])

Zur Vermeidung unleidlicher Besitzunsicherheit, wie sie die Gestattung solcher Gewaltanwendung zur Folge haben müßte, ist das Selbsthilferecht an eine enge zeitliche Grenze geknüpft und der Kreis der dem § 859, 2 unterworfenen Täter beschränkt: nur „dem auf frischer Tat betroffenen oder verfolgten Täter“ darf der Besitzer die Sache gewaltsam wiederabnehmen.[193])

Auf frischer Tat betroffen oder verfolgt ist der Täter, „wenn die eigenmächtige Wegnahme unmittelbar nach ihrer Verübung entdeckt und auf Grund der hierbei gemachten, auf den Täter hinweisenden Wahrnehmungen die Ver-

---

[191]) Anders im 1. Entw. Mot. S. 113; Schmelzer S. 36.

[192]) Dernburg S. 70; dagegen wohl bei Überschreitung des Selbsthilferechts, Strohal S. 65.

[193]) Die Fassung des § 859, 2 lehnt sich an § 127 St.P.O. an. Im 1. Entwurf bestimmte § 815: „Ist eine bewegliche Sache dem Inhaber durch verbotene Eigenmacht weggenommen, so ist derselbe berechtigt, dem auf der Tat betroffenen oder bei sofortiger Nacheile erreichten Täter die Sache wieder mit Gewalt abzunehmen“; Protokolle S. 3356.

folgung desselben sofort begonnen ist".[194]) Beobachtung des Täters bei der Wegnahme, oder auch nur Kenntnis der Person desselben ist nicht, vielmehr nur sofortige Entdeckung oder sofortiger Beginn der Verfolgung vorausgesetzt. Denn der Täter braucht nur auf frischer Tat betroffen oder (nicht: und) verfolgt zu sein. Andererseits muß auch die Verfolgung „auf frischer Tat" begonnen sein, und zwar nicht nur unverzügliches, d. h. ohne schuldhaftes Zögern, alsbald nach erlangter Kenntnis begonnenes Verfolgen wird verlangt, sondern objektive Unmittelbarkeit, solange die „Tat noch frisch ist".[195])

Wie lange dies zutrifft, ist im einzelnen Falle Auslegungsfrage.

Ist aber der Täter auf frischer Tat verfolgt, so braucht der Besitzer vor keinem Hindernisse Halt zu machen, insbesondere auch nicht, wie die Protokolle S. 3356 ausdrücklich hervorheben, vor der Behausung des Täters.[196]) Er darf also, wenn der Täter die Tür von innen verriegelt hat, sie aufbrechen oder aufbrechen lassen. Und wenn er in dem Hause die Sache nicht findet oder die Spur des Täters verliert, so ist die unmittelbare Fortsetzung der

[194]) Löwe, Kommentar z. St.P.O § 104 Abs. 2; jedoch ist oben der von Löwe verwendete Ausdruck „unverzüglich" zur Vermeidung von Verwechslungen mit dem in anderm Sinne verwendeten „unverzüglich" des B.G.B. durch „sofort" ersetzt, in Anlehnung an § 859, 3; Bekker S. 12 Anm. 3; Endemann II S. 175.

[195]) Prot. S. 3356: „Entbehrlich schien es auch, ausdrücklich das Erfordernis sofortiger Nacheile aufzustellen, aus der Fassung des Antrages ergebe sich zur Genüge, daß die Worte „auf frischer Tat" auch auf die Verfolgung zu beziehen seien"; vgl. Reatz S. 801; Schmelzer S. 44.

[196]) Unrichtig Bekker, der behauptet, nur wenn der Verfolger mit dem Täter gleichzeitig in die Behausung eingedrungen sei, dürfe er ihm die Sache dort abnehmen. Auch für Männer S. 103, 13 gestattet § 859, 2 nur die gewaltsameWegnahme der Sache, nicht die Verletzung des Hausfriedens. Dagegen Dernburg S. 71; Planck § 859, 3a; Turnau § 859, 2; Schmelzer S. 43.

Verfolgung bezw. der Nachforschung zur Wiederauffindung der Spur noch immer als „Verfolgung auf frischer Tat“ anzusehen.[197])

Gelingt dem Täter die Besitzentziehung, so hat er den Besitz fehlerhaft erlangt. Wie gegen ihn als fehlerhaften Besitzer, ebenso geht das Selbsthilferecht aus § 859, 2 gegen diejenigen, welche die Fehlerhaftigkeit seines Besitzes gegen sich gelten lassen müssen, also gegen den Erben, wenn er den Besitz als Erbe erworben hat, gegen einen sonstigen Besitznachfolger, wenn er die Fehlerhaftigkeit des Besitzes seines Vorgängers beim Erwerbe kannte (vgl. oben § 10). Solche Fälle sind jedenfalls selten; es müßte der Täter während der Verfolgung gestorben sein, oder er müßte die Sachen während der Verfolgung einem bösgläubigen Dritten zugesteckt haben.[198])

§ 13.

b) Bei Grundstücken.

Genau das gleiche Selbsthilferecht wie der aus § 859, 2 geschützte Besitzer hat der im Besitz eines Grundstücks Verletzte:

§ 859, 3: „wird dem Besitzer eines Grundstücks der Besitz durch verbotene Eigenmacht entzogen, so darf er

---

[197]) Eine den Verkehrsbedürfnissen entsprechende Grenze zu ziehen, muß der Praxis überlassen bleiben. Wenn der Verfolger jahrelang die Spur sucht, so mag es doch recht zweifelhaft sein, ob noch von Verfolgung auf frischer Tat die Rede sein kann; vgl. Krahé S. 27 ff., der auf die Notwendigkeit einer Abgrenzung mit Rücksicht auf das Strafrecht hinweist, da die nicht „sofort“ ausgeübte Selbsthilfe strafbar sein kann. Endemanns (II S. 175) Versuch, die Grenze da zu ziehen, „wann die Entziehung nach außen erscheint“, ist nach obigem zu eng; vgl. Biermann § 859, 3d.

[198]) Nachdem in § 858, 2 ausdrücklich ausgesprochen war, daß solche Personen ebenso fehlerhaft besitzen wie der Täter, war vielleicht § 857, 4 überflüssig; vgl. Krahé S. 30; Bekker S. 13 bezeichnet den Abs. 4 als Redaktionsfehler.

sofort nach der Entziehung sich des Besitzes durch Entsetzung des Täters wieder bemächtigen.“ [199])

Die Unterschiede in der Fassung gegenüber § 859, 2 sind nur terminologischer Natur, insofern man nicht von einem „weggenommenen“ Grundstück, und bei der objektiven Unbeweglichkeit der Grundstücke nicht von Verfolgung des Täters sprechen kann (denn sobald der Täter davonläuft und das Grundstück verläßt, wird er regelmäßig sich des Besitzes begeben). Sachlich sind die Voraussetzungen und die Wirkungen des Besitzschutzes aus § 859, 3 dieselben wie in § 859, 2.

Subjekt des Schutzes ist, wie dort, der unmittelbare Besitzer, der das Schutzmittel auch durch seinen Besitzdiener nach § 860 ausüben lassen kann.

Voraussetzung ist, wie dort, objektiv widerrechtliche Eigenmacht, die sowohl von unbeteiligten Dritten, als vom mittelbaren Besitzer oder vom Besitzdiener gegen den unmittelbaren, auch vom Teil- oder Mitbesitzer gegen die andern Teil- oder Mitbesitzer ausgeübt sein kann.

Gegner, gegen welchen der Schutz gewährt wird, ist der Täter, der dem Besitzer den Besitz des Grundstücks entzogen hat. Wann die Entziehung vollendet erscheint, bezw. wann die Beeinträchtigung das Maß der Störung überschreitet, ist nach der Verkehrsanschauung zu entscheiden; dabei kommt in Betracht, daß der Besitz „entzogen“ sein, d. h. daß die tatsächliche Gewaltausübung nicht mehr in Händen des Besitzers liegen, sondern in die des Täters übergegangen sein muß.[200])

Dem Täter stehen nach § 854 diejenigen gleich, welche des Täters als Erben oder als Nachfolger im Sinne des

[199]) „Wiederbemächtigungsrecht“; Staudinger § 859, 2.

[200]) Riso S. 28/29. Ein anderer muß gegen oder ohne den Willen des Besitzers und unter dessen Ausschließung die tatsächliche Gewalt über das Grundstück ausüben. Wie schwierig die Entscheidung sein kann, vgl. die Beispiele bei Kniep S. 313; Endemann S. 175.

§ 858, 2 die Fehlerhaftigkeit des Besitzes gegen sich gelten lassen müssen.

Gegenstand des Besitzschutzes ist Wiederbemächtigung des Besitzes am Grundstück durch Entsetzung des Täters. Durch welche Mittel der frühere Besitzer diesen Zweck erreicht, ist gleichgültig; auch ein Angriff gegen die Person des Täters kann ihm gestattet sein.[201]) Indessen darf die Selbsthilfehandlung nicht weitergehen, als zur Erreichung des Zwecks der Entsetzung des Täters und der Wiederbemächtigung erforderlich ist.[202])

Die Ausübung des Selbsthilferechts ist ausgeschlossen, wenn sie nicht „sofort nach der Entziehung" erfolgt. Diesem Erfordernis ist durch alsbaldiges Handeln nach erlangter Kenntnis von der Entziehung nicht genügt;[203]) denn durch die Wahl des Ausdrucks „sofort" an Stelle des sonst mehrfach verwendeten „unverzüglich" (§ 121: gleichbedeutend mit „ohne schuldhaftes Zögern") ist vielmehr das Merkmal objektiver, von Kennen oder Kennenmüssen unabhängiger Unmittelbarkeit aufgestellt. Indessen darf der Ausdruck „sofort" nicht zu eng, bezw. nicht dahin interpretiert werden, daß zeitlich nur Sekunden zwischen der Entziehung und der Wiederbemächtigung

---

[201]) Anders im 1. Entwurf, vgl. Schmelzer S. 46.

[202]) vgl. hierüber sowie über das Verhältnis zu den allgemeinen Selbstschutzbestimmungen das oben zu § 12 Gesagte.

[203]) Erfolgt die Ausübung des Selbsthilferechts nicht „sofort", so ist sie ihrerseits verbotene Eigenmacht, schadensersatzbegründend und gegebenenfalls strafbar. Bunsen S. 73/74; Dernburg S. 72; Riso S. 30 („ungesäumt"); Kniep S. 313; Endemann S. 175 Anm. 11; Strohal S. 50 („in einer den Umständen nach angemessenen Zeit nach der Entsetzung"); Planck § 859, 3b; Biermann § 859, 3b; Männer S. 103; Künkler S. 29; Grützmann S. 323; Schulenburg S. 32. Ferner Mot. S. 113; Windscheid I S. 695; Staudinger S. 15 Anm. II, 2; Bekker S. 13/14 Anm. 4; Kuhlenbeck II S. 464; Krahé S. 27/28, der insbesondere auf die strafrechtliche Seite nicht sofortiger Wiederbemächtigung hinweist.

liegen dürfen; vielmehr wird ihm dieselbe Bedeutung beizumessen sein, wie in § 859, 2 der Wendung „auf frischer Tat betroffen oder verfolgt“ (s. oben § 12). Die Wiederbemächtigung wird hiernach auch dann gestattet sein, „wenn der Entsetzte unmittelbar nach der Entsetzung die auf die Wiederbemächtigung gerichtete Tätigkeit beginnt und ohne Unterbrechung bis zur Erreichung des Zieles durchführt“.[204])

Wie und wann die Entsetzung des Täters zu vollziehen bezw. vollzogen ist, bestimmt sich nach denselben Merkmalen wie die Besitzentziehung selbst.

B. Gerichtsschutz.

§ 14.

1. Klage wegen Besitzentziehung.

Die Anerkennung des Besitzes als eines Zustandes, der besonderen Schutzes bedürftig und würdig ist, führt dazu, die Schutzmittel nicht auf Selbsthilfe zu beschränken. Denn diese versagt, sobald es dem Besitzer auch ohne Verschulden nicht möglich war, die in § 859 bestimmten kurzen Fristen einzuhalten, z. B. wenn er zu spät von der Störung oder Entziehung Kenntnis erhielt. In diesen Fällen wäre der Besitzer, wenn die Beeinträchtigung von Dritten ausging, nur durch das Recht zum Besitz geschützt, und, wenn ihm ein solches nicht zusteht, z. B. bei Besitzerwerb durch verbotene Eigenmacht, nur durch das Recht des wirklich Berechtigten, der aber schwerlich dasselbe zum Schutze des ihm gegenüber etwa fehlerhaft besitzenden Besitzers geltend machen würde. Und ganz schutzlos wäre der unmittelbare Besitzer, wenn die Beeinträchtigung von dem mittelbar besitzenden Berechtigten ausginge.

---

[204]) Planck § 859, 3b.

Deshalb sind dem Besitzer neben den Selbsthilferechten und über diese hinaus besondere Schutzklagen gegeben.[205])

Zunächst wegen Entziehung des Besitzes: § 861, 1: „wird der Besitz durch verbotene Eigenmacht dem Besitzer entzogen, so kann dieser die Wiedereinräumung des Besitzes von demjenigen verlangen, welcher ihm gegenüber fehlerhaft besitzt."

Klagberechtigt ist hiernach der „Besitzer",[206]) und zwar Dritten gegenüber unbedingt, auch wenn sein Besitz fehlerhaft ist.[207])

Als „Besitzer" ist durch § 861, 1 zunächst geschützt der unmittelbare Besitzer, der Teil-, Mit-,[208]) oder Erbbesitzer.[209]) Was den mittelbaren Besitzer anlangt, so war oben[210]) gesagt, daß die Schutzvorschriften, die für den Besitzer gegeben sind, auch ihn betreffen, soweit sich nicht aus dem Sinne der Bestimmung ein anderes ergebe. Hiernach könnte § 61, 1 auf den mittelbaren Besitzer keine Anwendung finden, weil dem unmittelbaren Besitzer damit wenig geholfen wäre, daß der Täter zur Wiedereinräumung des Gesetzes an den mittelbaren Besitzer verurteilt würde, insbesondere, wenn nun der mittelbare Besitzer sich weigerte, dem unmittelbaren den Besitz wieder einzuräumen. Andererseits

---

[205]) Historisches über Besitzklagen vgl. bei Krahé S. 31 ff.

[206]) Ohne Rücksicht, ob er ein Recht zum Besitz hat (Bunsen S. 75); hat der Täter ein Recht zum Besitz, so wird er bei schuldhaftem Handeln dennoch schadensersatzpflichtig (Bunsen S. 71).

[207]) Gegen denjenigen, welchem gegenüber der Besitz fehlerhaft ist, nur nach Maßgabe des § 861, 2; vgl. unten § 16.

[208]) Und zwar auch ein Mitbesitzer dem anderen Mitbesitzer gegenüber, trotz § 868, denn bei Entziehung des Besitzes handelt es sich nicht um die Grenzen des Gebrauchs.

[209]) Zwar geht streng genommen der Besitz der Sache auf den Erben kraft seiner Erbeneigenschaft nicht über, da der Besitz dem Erblasser ja entzogen war. Aber der Besitzanspruch gehört zum Vermögen des Erblassers und ist deshalb nach § 1922, 1 vererblich.

[210]) § 2.

hat aber der mittelbare Besitzer ein erhebliches Interesse an der Besitzsicherheit der Sache.

Deshalb ist auch dem mittelbaren Besitzer die Klage aus § 161, 1 ausdrücklich zugeschrieben, jedoch mit der Kautel, daß er primär nur die Herstellung des Zustandes verlangen kann, welcher den Gegenstand der Klage des unmittelbaren Besitzes zu bilden hätte, nämlich, daß dem unmittelbaren Besitzer der Besitz wieder eingeräumt werde; erst in zweiter Linie, wenn der unmittelbare Besitzer den Besitz nicht wieder übernehmen kann oder will, steht dem unmittelbaren Besitzer frei, darauf zu klagen, daß ihm selbst der Besitz eingeräumt werde. Daraus folgt zugleich, daß dem mittelbaren Besitzer die Besitzentziehungsklage gegen den unmittelbaren Besitzer nicht zusteht.[211]) [212])

Die Klage des mittelbaren Besitzers ist, ihrem Gegenstand und ihrem Grund entsprechend, an dieselben Voraussetzungen gebunden, wie die Klage des unmittelbaren Besitzers, insbesondere an die Verübung verbotener Eigenmacht gegen den unmittelbaren Besitzer.[213]) Einwilligung

[211]) Mot. S. 127; Denkschrift S. 114; Bartels S. 680; Wendt S. 55; Strohal S. 123; Schulenburg S. 40.

[212]) § 869 bestimmt: „Wird gegen den Besitzer verbotene Eigenmacht verübt, so stehen die in den §§ 861, 862 bestimmten Ansprüche auch dem mittelbaren Besitzer zu. Im Falle der Entziehung des Besitzes ist der mittelbare Besitzer berechtigt, die Wiedereinräumung des Besitzes an den bisherigen Besitzer zu verlangen; kann oder will dieser den Besitz nicht wieder übernehmen, so kann der mittelbare Besitzer verlangen, daß ihm selbst der Besitz eingeräumt wird."

[213]) Verbotene Eigenmacht Dritter gegen den mittelbaren Besitzer allein ist nicht denkbar, da sie sich als Beeinträchtigung in der Ausübung der tatsächlichen Gewalt, welche allein dem unmittelbaren Besitzer zusteht, darstellt. Daher ist auch keine noch so rücksichtslose Ausübung der tatsächlichen Gewalt durch den unmittelbaren Besitzer dem mittelbaren Besitzer gegenüber verbotene Eigenmacht; vgl. oben § 10; Planck § 859, 2: „Gerichtsschutz steht dem mittelbaren Besitzer nur auf Grund des zwischen ihm und dem unmittelbaren Besitzer bestehenden Rechtes oder auf Grund eines Rechtes an der Sache zu".

des unmittelbaren Besitzers und gesetzlich gestattete Eigenmacht schließen die Klage wie des unmittelbaren, so auch des mittelbaren Besitzers aus.

Durch Erhebung der Besitzklage seitens des unmittelbaren Besitzers wird der mittelbare Besitzer nicht gehindert, seinerseits Klage auf denselben Gegenstand zu erheben[214]); dem eigenmächtigen Täter steht die Einrede der Rechtshängigkeit nicht zu. Regelmäßig werden die beiden Klagen zu verbinden sein; hat jedoch der unmittelbare Besitzer auf Grund seiner Klage bereits den Besitz wiedererlangt, so wird der noch nicht durch Urteil festgestellte Anspruch des mittelbaren Besitzers gegenstandslos, und wird daher, wenn nicht Zurücknahme der Klage erfolgt, abzuweisen sein. Ist umgekehrt der unmittelbare Besitzer mit seiner Klage bereits abgewiesen, so ist dennoch die Durchführung der Klage des mittelbaren Besitzers denkbar, z. B. wenn das Urteil gegen den unmittelbaren Besitzer im Versäumnisverfahren ergangen war.[215])

Ebenso, da die Klage des mittelbaren Besitzers von der Klagerhebung durch den unmittelbaren Besitzer unabhängig ist, steht dem mittelbaren Besitzer die Klage auch dann frei, wenn der unmittelbare Besitzer die Klage nicht erheben kann oder will; allerdings, auch unter diesen Umständen primär auf Einräumung des Besitzes nicht an ihn selbst, sondern an den unmittelbaren Besitzer, gerichtet. Denn die Einräumung des Besitzes an ihn selbst kann der mittelbare Besitzer nicht verlangen, wenn der unmittelbare Besitzer nicht klagen kann oder will, sondern wenn er den Besitz nicht wieder übernehmen kann oder will.[216])

---

[214]) Josef S. 280; Schulenburg S. 40; Krahé S. 55; Strohal S. 52; Wendt S. 55.

[215]) Planck § 869, 1b.

[216]) Freilich wird vielfach die Weigerung des unmittelbaren Besitzers, auf Wiederherstellung des bisherigen Besitzzustandes zu klagen, auf die Absicht, den Besitz nicht wieder zu übernehmen, zurück-

Steht beides indes bereits zur Zeit der Klageerhebung fest, so kann die Klage des mittelbaren Besitzers auf direkte Einräumung des Besitzes an ihn selbst gerichtet sein. Klagt der mittelbare Besitzer, so muß er das Nichtkönnen oder Nichtwollen des unmittelbaren Besitzers beweisen.

Ein Zwang, selbständig zu klagen, besteht weder für den mittelbaren noch für den unmittelbaren Besitzer; jeder kann sich neben der Klage des anderen passiv verhalten, oder der Klage des anderen als Streitgenosse oder Nebenintervenient beitreten.[217])

Eine der Bestimmung des § 860 entsprechende Vorschrift, durch welche die Ausübung der Schutzbefugnis des Besitzherrn auch dem Besitzdiener zugesprochen würde, besteht hinsichtlich des Gerichtsschutzes nicht. Eine solche Ausdehnung der Schutzbefugnis darf auch nicht an den Umständen gefolgert werden, im Gegenteil, da der Besitzdiener allgemein keine selbständige Gewalt, und im besonderen Fall des § 861, 1, wo es sich um entzogenen Besitz handelt, überhaupt keine Gewalt ausübt. Die Ausdehnung ist auch nicht notwendig, da die Ausübung des Gerichtsschutzes durch den Besitzer nicht an die engen zeitlichen Grenzen der Ausübung des Selbstschutzes gebunden ist.[218])

Die Klage ist zu richten gegen denjenigen, welcher dem Besitzer (sc. dem unmittelbaren) gegenüber fehlerhaft besitzt.[219]) Damit ist nicht nur der Täter getroffen, der

zufuhren sein; steht dies fest, so ist die Weigerung zu klagen mit der Weigerung der Wiederübernahme des Besitzes bezüglich des Gegenstandes der Klage des mittelbaren Besitzers für gleichbedeutend zu erachten.

[217]) Planck a. a. O.

[218]) Krahé S. 11.

[219]) Gegen den Täter nur, wenn er unmittelbarer Besitzer ist; a. M. Dernburg S. 77; Bunsen S. 78; Gärtner S. 178, der auch den Besitzdiener passiv legitimiert sein läßt; vgl. die dort Zitierten.

den Besitz durch verbotene Eigenmacht erlangt hat, sondern ebenso diejenigen, welche nach § 858, 2 die Fehlerhaftigkeit des Besitzers gegen sich gelten lassen müssen, der Erbe, auch der sonstige Besitznachfolger, sofern er die Fehlerhaftigkeit des Besitzes seines Vorgängers bei dem Erwerbe kannte.

Denn § 861, 1 unterwirft ausdrücklich der Entziehungsklage nicht denjenigen, welcher den Besitz entzogen hat, sondern „denjenigen, welcher ihm (dem unmittelbaren Besitzer) gegenüber fehlerhaft besitzt"; und wenngleich § 858, 2 nur den durch verbotene Eigenmacht erlangten Besitz expressis verbis für fehlerhaft erklärt, und es gewagt sein mag, die Besitznachfolger als nachträgliche Teilnehmer an der Eigenmacht anzusehen,[220]) so handelt es sich hier, wie in § 10, 2 des näheren ausgeführt, doch offenbar nur um eine terminologische Bequemlichkeit, welcher bei der sonstigen allgemeinen Gleichstellung der im § 858, 2 bezeichneten Besitznachfolger mit dem eigentlichen „fehlerhaft Besitzenden" eine Bedeutung nicht beizumessen ist.[221]) [222]) Praktisch würde ja auch die Besitzentziehungsklage völlig illusorisch, wenn ihre Verwirklichung durch die bloße Besitzübergabe, also durch eine Besitznachfolge vereitelt werden könnte, auch wenn der Nachfolger mala fide den Besitz erwürbe.

Freilich ist bei Übergabe an einen gutgläubigen dritten Besitznachfolger (abgesehen vom Erben) kein Raum mehr

---

[220]) Kniep S. 225; Bruns S. 247.

[221]) vgl. oben § 10, 2 Note 157, 158; Bunsen S. 78; dagegen Gärtner S. 180; Strohal S. 123; Biermann § 858, 2; Meißner III S. 16.

[222]) Daraus, daß Beklagter derjenige ist, „welcher dem unmittelbaren Besitzer gegenüber fehlerhaft besitzt", folgt zugleich, daß der Täter, „welcher den Besitz entzogen hat", nicht mehr passiv legitimiert ist, sobald er nicht mehr besitzt, daß also, sobald eine Besitznachfolge stattgefunden hat, allein der Nachfolger, nicht zugleich der Täter, verklagt werden kann.

für die Besitzklage; und nicht nur ist gegen den gutgläubigen Besitznachfolger die Besitzklage überhaupt nicht statthaft, sondern die gegen den besitzenden Täter, Erben oder bösgläubigen Besitznachfolger angestrengte Klage muß, wenn während des Rechtsstreites der Besitz an einen gutgläubigen Besitznachfolger übergeht, als gegenstandslos abgewiesen werden; dabei ist die Kostenfrage nach den allgemeinen Grundsätzen der §§ 91 ff. C.P.O. zu entscheiden.[223]) [224])

Zur Begründung der Klage gehört wesentlich die Behauptung verbotener Eigenmacht; vgl. darüber oben § 10; wie das Besitzselbsthilferecht, so werden auch die Besitzklagen durch unverschuldeten Irrtum des Täters nicht ausgeschlossen.[225]) Dagegen gehört zur Klagebegründung nicht die Behauptung eines verletzten Rechtes auf den Besitz, vielmehr lediglich der Tatsache nach § 858 verbotener Besitzentsetzung bei Grundstücken, bezw. Besitzentziehung bei beweglichen Sachen.[226]) Dadurch wird nicht verhindert, daß neben dem Besitzprozeß ein Rechtsstreit über das Recht zum Besitz anhängig gemacht und durchgeführt werde.[227])

Darüber, wann Besitzentziehung bezw. Besitzentsetzung vorliegt, ist im einzelnen Falle nach der Verkehrsanschauung

---

[223]) Planck § 861, 2c; Mot. S. 112; Strohal S. 127; Gärtner S. 179; Krahé S. 34.

[224]) Regelmäßig wird freilich für jeden, der von der Rechtshängigkeit der Sache Kenntnis hat, guter Glaube ausgeschlossen sein.

[225]) Schulenburg S. 35.

[226]) Einen Unterschied hinsichtlich des Schutzes macht § 861, 1 zwischen Mobilien und Immobilien nicht: vgl. Planck Vorbem. zu §§ 861—64.

[227]) Planck a. a. O.: hierin tritt eine gewisse Ähnlichkeit mit den einstweiligen Verfügungen hervor. Während aber diese nur prozessuale Mittel zur Sicherung der Verwirklichung des Klageanspruchs sind, werden in den §§ 861 ff. dem Besitzer selbständige klagbare Ansprüche auf Herstellung des Besitzstandes gegeben.

zu entscheiden;[228]) an der Hand des Besitzbegriffs läßt sich nur sagen, daß, wenn zwischen der Sache und dem Täter faktische Herrschaftsbeziehungen entstanden sind, welche die Herrschaftsbeziehungen zwischen der Sache und dem bisherigen Besitzer vernichten oder doch überwiegen, die Besitzentziehung, wie oben § 12 hervorgehoben, als vollendet anzusehen sein wird; bestimmte Regeln lassen sich jedoch nicht aufstellen.

Der Anspruch geht auf „Wiedereinräumung des Besitzes", d. h. auf Wiederherstellung des Zustandes, welcher ohne die verbotene eigenmächtige Entziehung des Besitzes bestehen würde. Der Beklagte muß also nicht nur die Wiederinbesitznahme durch den Kläger dulden, sondern positiv tätig das Seinige dazu tun, damit der Kläger die tatsächliche Gewalt über die Sache wieder ausüben kann,[229]) bei Vermeidung der Zwangsvollstreckung aus §§ 769, 771, 772 C.P.O. Im Falle des § 869, wenn der bisherige unmittelbare Besitzer den Besitz nicht wieder übernehmen kann oder will, geht der Klaganspruch des mittelbaren Besitzers nicht auf Wieder-Einräumung des Besitzes, den er ja nicht gehabt hat, sondern auf Einräumung desselben. Nicht aber kann der unmittelbare Besitzer, auch wenn er den Besitz nicht wieder übernehmen kann oder will, als Gegenstand der Klage bezeichnen, daß dem mittelbaren Besitzer der unmittelbare Besitz eingeräumt werde.

Das Recht dessen, dem der Besitz entzogen wurde, ist im obigen als „Anspruch" dargestellt worden; auch die Protokolle (z. B. S. 3363 ff.) sprechen immer von Anspruch, das Gesetz sagt zwar nur „kann verlangen"; damit ist aber ein rechtliches Verlangen, d. h. ein klagbarer Anspruch gemeint; denn mit dem Recht, bloß mündlich oder schriftlich die Wiederherstellung des Besitzzustandes zu ver-

[228]) Bunsen S. 80.

[229]) Strohal S. 128; Krahé S. 34.

langen, wäre wenig geholfen, wenn dies Verlangen nicht eine gerichtliche Sanktion erfahren könnte.

Die Beweislast liegt im Besitzprozeß zunächst dem Kläger ob, er hat die Voraussetzungen des Anspruchs, insbesondere seinen bisherigen Besitz und die verbotene Eigenmacht, darzutun. Behauptet aber der beklagte Täter (bezw. sein Erbe oder bösgläubiger Besitznachfolger) erlaubte Eigenmacht, so ist dieser Beweis von ihm, dem Beklagten, zu erbringen.[230])

Über Einwendungen gegen die Besitzklage vergleiche unten § 16.

§ 15.

2. Klage wegen Besitzstörung.

Auf ebenderselben Grundlage wie der Anspruch wegen Besitzentziehung baut sich der Anspruch wegen Besitzstörung auf. Der eine ergänzt den anderen; wo die Entziehung noch nicht zur Vollendung gediehen ist, greift die Störungsklage ein. War also bei dem Anspruch wegen Besitzentziehung die Ausschließung des Besitzers von der Ausübung der tatsächlichen Gewalt Klaggrund, ist es hier jede Hinderung des Besitzers in der Ausübung der tatsächlichen Gewalt über die Sache, mit Ausnahme der völligen Entziehung.

Deshalb ist die Besitzstörungsklage aus § 862: „wird der Besitzer durch verbotene Eigenmacht im Besitze gestört, so kann er von dem Störer die Beseitigung der Störung verlangen . . .“ von denselben Voraussetzungen abhängig wie die Besitzentziehungsklage.[231])

Besitzer ist wiederum zunächst der unmittelbare Besitzer.[232]) Zu beachten ist dabei, daß unmittelbaren Mit-

[230]) Planck § 861, 2 b; Bunsen S. 79.

[231]) Wie dort, ist der Nachweis eines Interesses des Besitzers, nicht gestört zu werden, nicht vorausgesetzt; Kniep S. 435; vgl. dagegen den dem § 862 im übrigen nachgebildeten § 12 B.G.B.

[232]) Unter Umständen kann auch der Eigentümer nach § 1004

besitzern nach § 866 wie ein Selbstschutz, so auch ein Gerichtsschutz insoweit nicht zusteht, als es sich um die Grenzen des Mitbesitzes handelt. Denn die Grenzen und das Maß der bisherigen Ausübung des Mitbesitzes durch die Mitbesitzer sind zu unsicher und zu schwankend, als daß über sie im Besitzprozeß, ohne Eingehen auf das zwischen ihnen bestehende Rechtsverhältnis, entschieden werden könnte. Bei der Besitzentziehung konnte dennoch, wie oben[233]) hervorgehoben, § 866 nicht zur Geltung kommen, weil, sobald ein Mitbesitzer dem andern den Mitbesitz ganz entzieht und für sich in Anspruch nimmt, der Streit nicht mehr um die Grenzen des den einzelnen zustehenden Gebrauchs geht; umgekehrt ist es bei der Besitzstörung, bei welcher daher die Beschränkung des § 866 in vollem Umfang zu berücksichtigen ist.

Auch dem mittelbaren Besitzer steht die Besitzklage aus § 862, 1 vorbehaltslos zu; und der Gegenstand seines Klagbegehrens ist genau derselbe, wie für die Klage des gestörten unmittelbaren Besitzers, Beseitigung oder Unterlassung der Störung. Einer besonderen Vorschrift, wie sie für die Besitzentziehung gegeben ist, daß der mittelbare Besitzer in erster Linie nur die Wiedereinräumung des Besitzes an den unmittelbaren Besitzer, und nur, wenn dieser den Besitz nicht wieder übernehmen kann oder will, die Einräumung des Besitzes an sich selbst verlangen kann, bedarf es für die Besitzstörungsklage nicht; denn durch die objektive Beseitigung oder Unterlassung der Störung ist sowohl dem mittelbaren als dem unmittelbaren Besitzer gegenüber die Integrität des Besitzes wiederhergestellt.[234])

---

mittels der Eigentumsfreiheitsklage Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen; Dernburg S. 358; Gerstel S. 25. Den Eigenbesitzer schützen ferner §§ 906–910.

[233]) § 14 Note 208.

[234]) Im übrigen gilt für den mittelbaren Besitzer das oben § 14 bei der Besitzentziehungsklage Gesagte.

Dem Besitzdiener steht die Störungsklage nicht zu.[235])

Der Anspruch geht gegen den Störer, d. h. gegen jeden, welcher den Besitzer in der Ausübung der tatsächlichen Gewalt in anderer Weise als durch Entziehung beeinträchtigt, gleichviel ob die Störung als solche beabsichtigt war oder nicht; es genügt die objektive Tatsache der Störung.[236]) Und zwar ist passiv legitimiert der Störer allein, nicht, bezw. nicht zugleich andere, deren er sich als Werkzeug bedient hat. Wenn freilich jemand im Auftrage eines anderen die Störung vornimmt, so ist, da das Besitzschutzrecht sich immer an die Tatsachen anlehnt, zwar naheliegend, den Beauftragten allein als Störer anzugreifen. Dadurch würde aber der bezweckte praktische Erfolg nicht erreicht; denn durch ein gegen den Beauftragten ergehendes Urteil, z. B. auf Unterlassung weiterer Störungen würde der Auftraggeber, der eigentliche Urheber der Störung, nicht an der Fortsetzung der Störungen, sei es durch andere Beauftragte, sei es durch eigene Handlung, verhindert. Bei einem Auftragsverhältnis wird daher allerdings zweckmäßig die Störungsklage sowohl gegen den Auftraggeber als gegen den Beauftragten zuzulassen sein.

Der Anspruch geht auch gegen den Erben des Störers, aber nicht auf Grund des § 857 oder 858, 2, da ja der Störer den Besitz der Sache nicht hat, sondern nach § 1967, insofern der Anspruch des Besitzers wegen Störung zu seinem Vermögen gehört und entsprechend die Pflicht zur Beseitigung oder Unterlassung der Störung zu den Nachlaßverbindlichkeiten des Störers.[237])

Auch der Rechtsnachfolger des Störers unterliegt der Störungsklage, freilich nicht als Rechtsnachfolger, sondern weil die Nichtbeseitigung der vom Störer ins Werk ge-

[235]) vgl. oben § 14.

[236]) Endemann S. 182; Kniep S. 435.

[237]) Planck § 862, 2.

setzten, noch andauernden Störung sich als neue, selbständige Störung des Nachfolgers darstellt. Ist ein Urteil gegen den Störer ergangen, so wirkt es gegen den Rechtsnachfolger gemäß § 325, 1 C.P.O.

Der Gegenstand der Klage ist je nach Art der Störung verschieden.

Besteht die Störung in einer Beeinträchtigung, welche fortdauernde Wirkungen äußert, insbesondere in einer Verletzung der Integrität der Sache (z. B. Errichtung von Bauwerken auf dem besessenen Grundstück),[238]) so geht die Klage auf Beseitigung der Störung oder Beeinträchtigung. Die Verurteilung des Beklagten zur Beseitigung legt ihm positive Tätigkeit auf; er hat nicht bloß die Beseitigung zu dulden, sondern direkt sie selbst vorzunehmen. Doch ist persönliches Handeln des Beklagten nicht zu erfordern; er genügt seiner Pflicht auch, wenn er die Beseitigung durch andere, z. B. Arbeiter, auf seine Kosten vornehmen läßt. Genügt der Beklagte seiner Pflicht nicht, so kann die Beeinträchtigung im Wege der Zwangsvollstreckung auf seine Kosten beseitigt werden.

Ist die Störung vor Erhebung der Störungsklage wieder behoben, indem der Täter selbst, oder irgend ein anderer, auch der Gestörte, sie beseitigt hat, oder indem sie ihrer Natur nach nur vorübergehend war (z. B. A benützt den Kahn des B einmal zu einer Ruderpartie), oder indem der Besitzer die Störung nach § 859 I abgewehrt hat, so ist die Klage auf Beseitigung der bereits beseitigten Störung gegenstandslos. Die Störungsklage geht in diesen

---

[238]) Planck § 862, 1a gibt die Störungsklage nur bei einer fortdauernden äußeren Veränderung des Zustandes der Sache. Diese Auslegung ist wohl zu eng. Denn auch z. B. in der Anlegung einer Düngergrube neben meinem Grundstück kann schon eine Störung zu erblicken sein; Denkschr. S. 112: es muß ein tatsächlicher Zustand geschaffen sein, der fortwährend den Besitz beeinträchtigt; vgl. Dernburg S. 80.

Fällen vielmehr, sofern weitere Störungen befürchtet werden, auf Unterlassung der weiteren drohenden Störungen.[239])

Dabei ist als Voraussetzung aufzustellen, daß es Störungen derselben Art seien. Wenn wegen Besitzstörung auf Unterlassung geklagt wird, so kann sinngemäß das Urteil nicht dem Täter jede Störung verbieten, sondern nur Wiederholungen der der Klage zugrundeliegenden Störung (wenn B, dessen Kahn von A benützt wurde, ein Urteil auf Unterlassung erwirkt, kann B sich nicht auf das Urteil berufen, wenn A in dem Park des B spazieren geht). Es genügt also zur Besitzstörungsklage auch nicht, daß Störungen überhaupt zu befürchten sind; es müssen vielmehr weitere Störungen derselben Art drohen. Die Klage auf Unterlassung ist daher nur gegeben, wenn der Besitz mindestens einmal schon gestört wurde.[240]) Ob weitere Störungen zu befürchten sind, ist im einzelnen Falle nach der Verkehrsanschauung zu entscheiden; oft werden Drohungen, sofern sie nicht schon selbst als Störungen gelten können, einen Anhaltspunkt abgeben.[241])

Im übrigen finden die für die Besitzentziehungsklage oben (§ 14) ausgesprochenen Grundsätze entsprechende Anwendung.

§ 16.

3. Einwendungen.

1. Passiv legitimiert ist bei der Besitzentziehungsklage derjenige, der fehlerhaft besitzt, bei der Störungsklage der Störer.

Den in dieser Eigenschaft Beklagten sind Einwendungen aus einem etwaigen Recht an der Sache versagt.

[239]) Im Urteil wird für jeden Fall der Wiederholung eine Strafe anzudrohen sein; C.P.O. § 890 I; Kniep S. 430.

[240]) Es muß sich um eine „Wiederholung" der Störung handeln, andernfalls kann § 226 B.B.G. in Frage kommen; Gerstel S. 23.

[241]) vgl. Strohal S. 113; Dernburg S. 79; Schulenburg S. 37.

Denn da der Besitzschutz lediglich aus dem tatsächlichen Gewaltverhältnis begründet ist und die Geltendmachung eines Rechts an der Sache durch den Kläger nicht voraussetzt, wäre der Besitzer jeder verboten-eigenmächtigen Handlung des an der Sache Berechtigten schutzlos preisgegeben.[242]) Diese Gefahr ist nur dann unbedenklich, wenn der Beklagte mit der Geltendmachung einer Einwendung aus seinem Recht an der Sache lediglich die Behauptung stützen will, seine Handlung stelle sich nicht als Ausübung verbotener Eigenmacht dar, sondern sei ihm gesetzlich oder vertraglich gestattet.

Wollte man auch hier jede Einwendung aus dem Recht an der Sache abschneiden, so müßte der im Besitzprozeß beklagte Berechtigte trotz des Beweises der Nichtwiderrechtlichkeit seiner eigenmächtigen Handlung nach § 858, 1 dennoch verurteilt werden, z. B. den entzogenen Besitz wieder einzuräumen, während er möglicherweise in einem nebenher über das Recht zum Besitz geführten Prozesse obsiegen und vom Gegner die Wieder-Wiedereinräumung erwirken würde.

Dieser zwecklose, weitläufige Umweg war zu vermeiden; § 863 bestimmt daher: „Gegenüber den in den §§ 861, 862 bestimmten Ansprüchen kann ein Recht zum Besitz oder zur Vornahme der störenden Handlung nur zur Begründung der Behauptung geltend gemacht werden, daß die Entziehung oder die Störung des Besitzes nicht verbotene Eigenmacht sei."

Als Grundsatz folgt aus dieser Bestimmung also zunächst die Unzulässigkeit petitorischer Einwendungen im Besitzprozeß. Das Prinzip ergibt sich, wie gesagt, schon aus der Natur des Besitzschutzrechtes, aber die Motive[243]) betonen die Notwendigkeit, dasselbe dennoch

---

[242]) Motive S. 129; Turnau § 863.

[243]) S. 129.

auszusprechen: „Mit der Zulassung petitorischer Einwendungen würde auch der Klaggrund petitorisch werden und die Anomalie eintreten, daß der Kläger den eigentlichen Grund seines Anspruchs nicht, wie § 253 C.P.O. verlangt, aufzudecken braucht, also vorläufig dahingestellt sein lassen kann, ob er als Mieter, als Nießbraucher oder als Eigentümer die Restitution fordert.“ Als Beispiel führt Planck[244]) an, daß der Nießbraucher, der sich durch verbotene Eigenmacht den Besitz der Sache verschafft hat, durch sein Recht zum Besitz (§ 1036) nicht gegen den Anspruch des Eigentümers nach § 861, und ebenso nicht, wenn er, ohne Besitzer zu sein, den Eigentümer im Besitze stört, gegen dessen Anspruch aus § 862 geschützt wird.

Die vornehmliche Bedeutung des § 863 liegt nun aber weniger in der Anerkennung dieses Prinzips, als in der Hervorhebung der als Ausnahme von der Regel zulässigen Geltendmachung von Rechten, welche mit der Behauptung erlaubter Eigenmacht begründet werden.[245]) Der Beklagte kann daher mit Erfolg behaupten und beweisen, entweder daß der Kläger ihm die Beeinträchtigung bezw. Entziehung gestattet habe, oder daß einer der in § 10 oben angeführten Fälle gesetzlich gestatteten Eingriffs vorliege. Dabei ist freilich zu bemerken, daß, wenn im ersteren Falle der Besitzer seine Genehmigung nicht ernstlich gemeint hat, dem Beklagten die Einwendung aus § 863 nicht zusteht. Es kommt nur darauf an, ob die Einwilligung im Augenblick der fremden Einwirkung tatsächlich besteht; dies trifft z. B. dann nicht zu, wenn der Besitzer die Einwilligung widerruft, auch ohne daß der Täter von dem Widerruf Kenntnis erlangt.[246])

---

[244]) § 863, 1.

[245]) z. B. ist nach § 1373 der Ehemann in der Lage, gegenüber der Besitzentziehungsklage der Frau seine Berechtigung zur Inbesitznahme einzuwenden; Mot. S. 129; Krahé S. 49.

[246]) Gerstel S. 18; a. M. Staudinger § 863, 1.

Ob der Beklagte petitorische Einwendungen auch im Wege der Widerklage geltend machen kann, ist streitig. Das in § 232, 2 C.P.O. alter Fassung enthaltene Verbot der Verbindung der possessorischen Klage mit der petitorischen ist in das neue Recht (§ 260 C.P.O. neuer Fassung) nicht übernommen.[247]) Allein daraus kann für die Widerklage nur geschlossen werden, daß sie zulässig ist, sofern nicht aus den weiteren Vorschriften der Civilprozeßordnung sich ein anderes ergibt. Planck[248]) erblickt ein solches Verbot in § 33 C.P.O. Das Reichsgericht nehme an, daß die Zulässigkeit der Widerklage nach § 33 C.P.O. durch den rechtlichen Zusammenhang zwischen dem Gegenanspruch und dem mit der Klage geltend gemachten Anspruch oder einem gegen diesen Anspruch vorgebrachten, rechtlich zulässigen Verteidigungsmittel bedingt sei; aus der Unzulässigkeit petitorischer Einwendungen folge die Unzulässigkeit einer petitorischen Widerklage.[249]) Damit bejaht aber Planck selbst die Statthaftigkeit einer Widerklage auf Grund der in § 863 für zulässig erklärten Einwendungen. Dagegen ist Plancks Auffassung da für zutreffend zu erachten, wo widerklageweise ein Recht auf Grund anderer Behauptungen als erlaubter Eigenmacht geltend gemacht wird. Denn dabei spielt die Aufhebung des Verbots der Verbindung possessorischer und petitorischer Ansprüche in einem Rechtsstreit aus § 232, 2 C.P.O. a. F. keine Rolle, da „Erhebung der Widerklage" nicht mit „Verbindung von Klagen" im prozessualen Sinne, und insbesondere nicht im Sinne des § 260 C.P.O. n. F., der

---

[247]) vgl. bei Turnau S. 43 § 861, 4 die Begründung des § 260; Schulenburg S. 41; a. M. Gärtner S. 193.

[248]) § 863, 4; auch Mot. S. 130; a. M. Dernburg S. 80; Schulenburg S. 39; Gerstel S. 21/22.

[249]) vgl. Hussong, Recht 1902 S. 525; Haver-Kamp, Recht 1901 S. 617; Gärtner S. 193; Biermann § 863; Dernburg S. 81.

nur die Verbindung mehrerer verschiedenartiger, alle dem Kläger zustehender Ansprüche betrifft, als gleichbedeutend zu gelten hat.[250])

2. Weitere Einwendungen stehen dem Beklagten aus § 864 zu, nämlich daß der Besitzanspruch erloschen sei.

§ 864, 1 bestimmt: „Ein nach §§ 861, 862 begründeter Anspruch erlischt mit dem Ablauf eines Jahres nach der Verübung der verbotenen Eigenmacht, wenn nicht vorher der Anspruch im Wege der Klage geltend gemacht wird."

Die Vorschrift ist absoluter Natur; der Fristenlauf ist von der Kenntnis des Besitzers von der verbotenen Eigenmacht nicht abhängig, sondern vom Tage der Verübung der Eigenmacht zu berechnen. Es wäre sonst die Besitzklage noch nach langer Zeit, nach welcher die ehemaligen Besitzverhältnisse gar nicht mehr festzustellen sind, möglich. Dies widerspricht aber nicht nur dem tatsächlichen Charakter des Besitzschutzrechtes, sondern auch der Absicht des Gesetzes; denn „die Kürze der Frist wird durch das praktische Bedürfnis gefordert. Die Frage, auf wessen Seite bei einem tatsächlichen Besitzkonflikte das formelle Recht gewesen ist, unterliegt einer baldigen Verdunkelung. Sucht der angeblich Vergewaltigte nicht binnen kurzer Frist gerichtlichen Beistand, so wird der Gegenbeweis für den Gegner durch die Verzögerung erschwert".[251])

Die einjährige Erlöschungsfrist bemißt sich nach §§ 187, 188 B.G.B.

Sie ist keine Verjährungsfrist.[252]) Dies folgt schon daraus, daß die Besitzansprüche „erlöschen": handelte es

---

[250]) Uber die Einrede des Zurückbehaltungsrechtes vgl. Josef S. 287.

[251]) Mot. S. 133.

[252]) A. M. Bekker S. 15; richtig Planck, Biermann, Turnau zu § 864; Dernburg S. 76; Strohal S. 118; Grützmann S. 324; Krahé S. 15; Mot. S. 132; Gärtner S. 188.

sich um Verjährung, so könnten die Besitzansprüche nicht als mit Fristablauf erloschen bezeichnet werden, da verjährte Ansprüche noch Rechtswirkungen ausüben.[253])

Die Motive[254]) heben hervor, daß für die Besitzklagen die gewöhnliche Verjährung keine genügende zeitliche Begrenzung ergebe, und daß gegen die Bestimmung einer abgekürzten Verjährungsfrist namentlich der Grund spreche, daß die Anwendung der Vorschriften über Anspruchsverjährung mit vielen Zweifeln verbunden sein würde, so, ob das Recht auf Wiederherstellung des Besitzstandes überhaupt ein Anspruch sei, ob er ein vermögensrechtlicher Anspruch sei usw. Alle Schwierigkeiten würden durch die Bestimmungen einer Präklusionsfrist vermieden.

Der Ablauf der Präklusionsfrist hat zur Wirkung, daß die Besitzklagen nicht nur prozessual nicht mehr erhoben werden können, sondern erlöschen, d. h. in ihrem Grund und Bestand aufgehoben sind. Es ist dies insofern von Erheblichkeit, als damit das Erlöschen bezw. die Einwendung des Erlöschens über die „Einrede" im technischen Sinne hinausgehoben ist. Infolge Wegfalles der Einwendung, z. B. durch Verzicht, kann also der Anspruch nicht wieder aufleben. Überdies ist aus diesem Grunde die Einwendung des Erlöschens nicht nur zu berücksichtigen, wenn sie vom Beklagten geltend gemacht wird, sondern auch von Amtswegen, wenn sie anderweit, z. B. aus dem eigenen Vorbringen des Klägers, oder aus beigezogenen Akten, zur Kenntnis des Gerichtes gelangt.[255])

---

[253]) Daher finden auch die Vorschriften über Hemmung und Unterbrechung der Verjährung keine Anwendung. Dagegen verjährt ein aus schuldhafter Störung oder Entziehung des Besitzes erwachsender Schadensersatzanspruch nach § 852. Bunsen S. 90.

[254]) Mot. S. 132.

[255]) Planck § 864,1; Gerstel S. 21; Schulenburg S. 41; Strohal S. 118, 128, 130; Cosack II § 190 S. 85; a. M. Endemann II S. 179 Anm. 10; Kniep S. 427.

Die Einwendung des Erlöschens steht dem mittels Klage geltend gemachten Besitzanspruch entgegen; ob auch möglicherweise dem im Wege der possessorischen Widerklage gegen die petitorische Klage erhobenen Anspruch, entscheidet sich nach § 33 C.P.O.[256]) (vgl. oben).

3. Den § 864, 2: „Das Erlöschen tritt auch dann ein, wenn nach der Verübung der verbotenen Eigenmacht durch rechtskräftiges Urteil festgestellt wird, daß dem Täter ein Recht an der Sache zusteht, vermöge dessen er die Herstellung eines seiner Handlungsweise entsprechenden Besitzstandes verlangen kann" rechtfertigen die Motive[257]) damit, „daß eine possessorische Restitution mit einer ihr folgenden, dem materiellen Rechte entsprechenden Restitution ein unnötiger Umweg sein würde". Durch den Ausschluß petitorischer Einwendungen im Besitzprozeß ergebe sich für den an der Sache Berechtigten die Notwendigkeit, im Besitzprozeß event. zu unterliegen, obgleich schon vorher in einem daneben laufenden Streit um das Recht er obgesiegt haben würde. Auf Grund des Besitzurteils müßte er den vom Besitzer verlangten Zustand zunächst herstellen, wiewohl er berechtigt sein würde, sofort darauf den seiner Handlungsweise entsprechenden Zustand herstellen zu lassen. Diese nur unnötige Kosten verursachende Weiterung ist durch § 864, 3 vermieden.[258])

Voraussetzung des Erlöschens ist, daß der Beklagte ein Urteil bereits erwirkt habe, durch welches sein, des Täters, Recht festgestellt wird. Als Feststellung hat jede Verurteilung zu einem Tun oder Unterlassen zu gelten;

---

[256]) Über die Beweislast Planck a. a. O.; Bunsen S. 76.

[257]) Motive S. 131.

[258]) Allerdings würde auch das Schikaneverbot des § 226 eingreifen können, wenn der im Prozeß um das Recht unterliegende Besitzer trotzdem den Besitzstreit weiterführen wollte; Gärtner S. 189.

sie braucht nicht durch Feststellungsurteil nach § 256 C.P.O. zu erfolgen bezw. erfolgt zu sein.[259])

Gegenstand der Feststellung muß sein ein „Recht an der Sache". Es ist bestritten, ob dieser Wendung eine technische Bedeutung beizumessen ist. Bei Grundstücken bezeichnet das B.G.B. als Rechte an der Sache (§§ 5,9 873) nur die dinglichen Rechte; bei beweglichen Sachen ist aber hieran nicht festgehalten (z. B. §§ 772, 773). Da demnach das Bürgerliche Gesetzbuch einen festen Sprachgebrauch nicht hat, ist der Schluß gerechtfertigt, daß unter Rechten „an der Sache" auch andere als dingliche, insbesondere obligatorische verstanden werden können.[260]) Jedenfalls muß es ein Recht sein, vermöge dessen der durch die verbotene Eigenmacht des Berechtigten geschaffene Zustand als der Rechtsordnung entsprechend erscheint. Die Fassung: „Vermöge dessen er die Herstellung eines seiner Handlungsweise entsprechenden Besitzstandes verlangen kann" entspricht nicht genau den tatsächlichen Verhältnissen; denn da er den betreffenden Besitzzustand durch die verbotene Eigenmacht bereits hergestellt hat, kann er die Herstellung im eigentlichen Sinne des Wortes nicht mehr verlangen; es handelt sich in der gegenwärtigen Streitlage vielmehr um die Anerkennung des von ihm bereits geschaffenen Zustandes oder Besitzstandes.

Die Feststellung durch rechtskräftiges Urteil muß nach Verübung der verbotenen Eigenmacht erfolgen, und zwar genügt, daß die Rechtskraft nach der eigenmächtigen Handlung eintrete; nicht erforderlich ist, daß erst nach der Eigenmacht die Klage erhoben oder das

---

[259]) vgl. darüber Strohal S. 133; Dernburg S. 79; auch Schulenburg S. 36.

[260]) Motive 131; Denkschrift S. 113; Strohal S. 120; Turnau § 864 II, 1; Bendix S. 73. A., 43; a. M, Biermann § 864,3 a1; Planck § 864,2a; Fischer-Henle § 864,6; Bunsen S. 76, 77.

Urteil gesprochen werde.[261]) Dagegen nützt dem Berechtigten die Feststellung seines Rechtes vor Verübung der Eigenmacht nichts; denn die nach §§ 861, 862 dem Besitzer aus der Eigenmacht des Berechtigten erwachsenden Ansprüche können nicht nach § 864, 2 durch die rechtskräftige Feststellung erlöschen, ehe sie überhaupt entstanden sind.[262])

Über die Wirkungen der Einwendung gilt das oben zu § 864, 1 Gesagte.

4. Besondere Einwendungen, die als Ausschließungsgründe in ihrer Wirkung und insofern sie vom Richter ex officio zu berücksichtigen sind, den Erlöschungsgründen aus § 864 gleichstehen, sind als exceptio vitiosae possessionis an den fehlerhaften Besitz des auf Grund der §§ 861, 1; 862, 1 Klagenden geknüpft.[263])

Nach § 861, 2 ist der Anspruch wegen Besitzentziehung ausgeschlossen, „wenn der entzogene Besitz dem gegenwärtigen Besitzer oder dessen Rechtsvorgänger gegenüber fehlerhaft war und in dem letzten Jahr vor der Entziehung erlangt worden ist".

Die Einwendung steht zu dem Täter, dem gegenwärtigen Besitzer; auch sein Erbe kann sie geltend machen.

Die Einwendung geht gegen den auf Restitution klagenden Dejizierten, sofern er selbst durch verbotene Eigenmacht, oder als Erbe des Eigenmächtigen, oder als sonstiger Nachfolger desselben in Kenntnis von dessen fehlerhaftem Besitz den Besitz erlangt hat.

Der entzogene Besitz muß dem Täter oder dessen Be-

---

[261]) Gärtner S. 189/190.

[262]) Biermann § 864, 3 j.; richtig Strohal S. 119; Gärtner S. 191; Gerstel S. 19; Schulenburg S. 45; a. M. Bekker S. 17; Krahé S. 47.

[263]) Schulenburg S. 38 sieht hier nur eine Einrede; dagegen Planck, Vorbem. VIII; Biermann § 861, 2; Krahé S. 37; Bunsen S. 79; Gärtner S. 184; Dernburg S. 78.

sitzvorgänger[264]) gegenüber fehlerhaft erlangt worden sein; fehlerhafter Besitz einem Dritten gegenüber begründet die Einwendung nicht. Vorausgesetzt ist also verbotene Eigenmacht oder fehlerhafter Besitz im Sinne des § 858. Hatte der Kläger oder sein Besitzvorgänger mit Einwilligung des Täters oder dessen Besitzvorgängers, oder mittels gesetzlich gestatteter Eigenmacht den Besitz erlangt, so versagt die Einwendung aus § 861, 2. Es muß der Kläger, dem der Besitz entzogen wurde, oder dessen Besitzerblasser, oder ein sonstiger Vorgänger, dessen fehlerhaften Besitz der Kläger kannte, oder der Erblasser des Erblassers, oder der mala-fide-Vorgänger des Erblassers, oder der mala-fide-Vorgänger des schlechtgläubigen Vorgängers usw. dem Täter oder dessen Besitzvorgänger den Besitz rechtswidrig entzogen haben.[265])

Außerdem darf zwischen den beiden Entziehungen, d. h. zwischen der den fehlerhaften Besitz des besitzentsetzten Klägers und seiner Besitzvorgänger begründenden Eigenmacht einerseits, und der jetzt durch den beklagten Täter verübten Eigenmacht nicht mehr als ein Jahr liegen. Dem Kläger kommt also die Zeit des fehlerhaften Besitzes seiner Besitzvorgänger zugute; die einjährige Ausschlußfrist läuft nicht erst vom Augenblick an, wo der jetzt aus dem Besitz vertriebene Kläger den Besitz selbst erworben hat.[266]) Und zwar beginnt der Fristenlauf mit Verübung der ersten Eigenmacht,[267]) ohne Rücksicht auf Kenntnis des Besitzers, und innerhalb dieser Frist muß die Besitzklage er-

---

[264]) Der Ausdruck „Rechtsvorgänger" im B.G.B. bedeutet nur „Besitzvorgänger"; Planck § 861, 4a.

[265]) Strohal S. 123; Windscheid S. 735; Krahé a. a. O.; Schulenburg S. 28; Männer S. 93; Gärtner S. 183; a. M. Bunsen S. 20.

[266]) Die einjährige Frist in § 861, 2 fällt mit der Frist in § 864, 1 zusammen. Strohal S. 131; Planck § 861, 4b; Krahé S. 38.

[267]) Bunsen S. 79; Planck a. a. O.; Krahé a. a. O.; Fischer-Henle § 861, 8; Gärtner S. 187.

hoben sein; nicht genügt Feststellungsklage oder Antrag auf Erlaß seiner einstweiligen Verfügung.

Wie der Klage der Einwand der Fehlerhaftigkeit des Besitzes entgegengesetzt werden kann, so kann unter den entsprechenden Voraussetzungen dieser Einwand durch die Replik der Fehlerhaftigkeit des Besitzes des Beklagten entkräftet werden und der Replik wieder eine entsprechende Duplik entgegenstehen.[268])

Die obigen Ausführungen gelten mutatis mutandis in gleicher Weise für die Störungsklage; an die Stelle des „gegenwärtigen Besitzers" in § 861, 2 (Dejizient) tritt in § 862, 2 der Störer:

„Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn der Besitzer dem Störer oder dessen Rechtsvorgänger gegenüber fehlerhaft besitzt und der Besitz im letzten Jahre vor der Störung erlangt worden ist."[269])

§ 16.

C. Das Aufsuchungsrecht.

Einen besonderen Schutz gewährt dem Besitzer § 867.[270]) Jedes Betreten eines fremden Grundstücks kann eine Besitzstörung, eine verbotene Eigenmacht sein. Sie ist es dann nicht, wenn das Gesetz oder der Besitzer das Betreten gestattet. § 867 gibt nun nicht selbst eine gesetzliche Gestattung, legt aber dem Grundstücksbesitzer die Pflicht auf, in gewissen Fällen das Betreten zu gestatten. Dies aber nur, wenn die Gestattung nachgesucht wird, sofern nicht schon nach den Umständen die still-

[268]) Prot. S. 3364.

[269]) Wendt S. 1117 und Krahé S. 44 meinen, daß der Einwand fehlerhaften Besitzes bei Störungen unangebracht sei; gegenüber der ausdrücklichen Gesetzesvorschrift ist dies untergebens ohne Bedeutung.

[270]) Mot. S. 296; über das Verhältnis zur actio ad exhibendum vgl. Krahé S. 50.

schweigende Genehmigung vorliegt. Verweigert der Grundstücksbesitzer die Gestattung, wenn auch pflichtwidrig, so ist jeder Versuch, das Grundstück dennoch zu betreten, verbotene Eigenmacht; § 867 gibt nicht etwa einen Fall gesetzlich erlaubter, von einer vorherigen Anfrage beim Grundstücksbesitzer bedingter Eigenmacht im Sinne des § 858, 1. Wem die Erlaubnis verweigert ist, dem steht nur der Weg der Klage offen.

§ 867 lautet: „Ist eine Sache aus der Gewalt des Besitzers auf ein im Besitz eines anderen befindliches Grundstück gelangt, so hat ihm der Besitzer des Grundstückes die Aufsuchung und Wegschaffung zu gestatten, sofern nicht inzwischen die Sache in Besitz genommen ist. Der Besitzer des Grundstücks kann Ersatz des durch die Aufsuchung und Wegschaffung entstehenden Schadens verlangen. Er kann, wenn die Entstehung eines Schadens zu besorgen ist, die Gestattung verweigern, bis ihm Sicherheit geleistet wird; die Verweigerung ist unzulässig, wenn mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist."

Anspruchsberechtigt ist der Besitzer der Sache, d. h. der unmittelbare Besitzer, und, soweit solche Fälle vorkommen, der Teil-, Mit- und Erbbesitzer.[271]) Dem mittelbaren Besitzer ist durch § 869 Satz 3 gleichfalls das Recht aus § 867 zugeteilt.[272]) „Unter der gleichen Voraussetzung" kann er im Falle des § 867 verlangen, daß *ihm* die Aufsuchung und Wegschaffung der Sache gestattet wird. Die angezogene Voraussetzung ist die, daß der unmittelbare Besitzer den Besitz nicht wieder übernehmen kann oder will. Der mittelbare Besitzer kann also nicht, wie nach §§ 861, 862, verlangen, daß der Grundstücksbesitzer dem unmittelbaren Besitzer der Sache die Aufsuchung und Wegschaffung gestatte.

---

[271]) Gärtner S. 195; Staudinger § 867, 1 auch der Eigentümer nach § 1005.

[272]) Krahé S. 57.

Dem Besitzdiener steht die Ausübung des Rechtes aus § 867 für seinen Besitzherrn nicht zu. Tatsächlich werden oft gerade Besitzdiener, Kinder z. B. in die entsprechende Lage kommen. Es ist durch § 867 auch nicht ausgeschlossen, daß der Berechtigte zur Aufsuchung und Wegschaffung sich eines andern als Werkzeug bedient.

Der Anspruch geht gegen den Besitzer des Grundstücks, und zwar nur gegen den unmittelbaren (Teil-, Mit- oder Erbbesitzer), nicht gegen den mittelbaren. Im I. Entwurf war er nur gegen den Eigentümer ausdrücklich ausgesprochen; die Motive[273]) heben aber hervor, daß er, wenn gegen den Eigentümer, „a potiori" gegen jeden Inhaber, dessen Recht nicht so stark sei wie das Eigentum, gegeben sei. Nach den Protokollen[274]) sprach sich die Mehrheit dafür aus, dem Besitzer, nicht dem Eigentümer, die Duldungspflicht aufzuerlegen: „Es erscheine am einfachsten und natürlichsten, denjenigen zur Duldung der auf Wiedererlangung der Sache gerichteten Handlungen zu verpflichten, in dessen unmittelbarem Machtkreise sich die Sache befinde. Der nichtbesitzende Eigentümer sei in der Regel gar nicht in der Lage, ein Verbietungsrecht auszuüben, weil er von dem betreffenden Vorfalle keine Kenntnis habe; in der Regel werde er auch kein Interesse daran haben, die auf Wiedererlangung der abhanden gekommenen Sache gerichteten Handlungen zu untersagen, weil er hierdurch in der Ausübung seines Eigentums nicht gestört werde."

Voraussetzung des Anspruchs ist, daß eine Sache aus der Gewalt des Besitzers auf ein im Besitze eines andern befindliches Grundstück gelangt ist. Es handelt sich dabei lediglich um das räumliche Verhältnis; nicht erforderlich ist, daß der Besitzer der Sache den Besitz verloren habe. Der Fall ist denkbar, daß die Behinderung des

[273]) Mot. S. 298.
[274]) Prot. S. 3616.

Besitzers nur als eine vorübergehende erscheint, obwohl er ohne Gestattung des Grundstücksbesitzers die Sache nicht aufnehmen und wegschaffen kann. Schon sobald der Besitzer ohne Gestattung des Grundstücksbesitzers oder ohne verbotene Eigenmacht die Sache wiederzuerlangen, das Grundstück zu betreten, nicht in der Lage ist, hat er die Sache aus seiner Gewalt verloren.[275]) Biermann sieht in den Worten: „aus der Gewalt des Besitzers“ ein selbständiges Erfordernis. Es ist allerdings richtig, daß, wenn jemand ein fremdes Grundstück betritt, die Sachen, die er bei sich trägt, sein Hut, sein Schirm u. dergl., auf das Grundstück gelangen, ohne aus seiner Gewalt zu kommen. In diesen selbstverständlichen Fällen ist aber die Sache nicht als selbständige Sache, sondern als Teil, als Zubehör der Person dahin gelangt. Sobald der Besitzer der Sache sie aber auf dem fremden Grundstück von sich gibt, ist sie auch schon aus seiner Gewalt, da der Grundstücksbesitzer ihm die Aufsuchung und Wegschaffung verweigern kann, auch wenn die Sache unmittelbar zur Hand ist.[276])

In der Regel wird es sich aber um ein ungewolltes, unfreiwilliges, zufälliges Gelangen der Sache auf das Grundstück handeln. Indessen ist grundsätzlich gleichgültig, ob Absicht oder sonstiges Verschulden des Sachbesitzers, des Grundstückbesitzers oder eines Dritten mitgespielt hat, oder ob lediglich Zufall vorliegt.

Von der Duldungs- und Gestattungspflicht ist der Grundstücksbesitzer befreit, sofern die Sache inzwischen in Besitz genommen worden ist. Dabei ist zur Inbesitz-

---

[275]) Planck § 867, 2a; Turnau § 867, 3; Gärtner S. 195; a. M. Biermann § 867, 1a; Buhl S. 37; unbestimmt Dernburg S. 85; Gierke S. 29; Strohal S. 55 will dem Besitzer gegen Dritte Besitzschutz gewähren, aber nicht gegen den Grundstücksbesitzer.

[276]) Grundloser Verweigerung ist durch § 226 gesteuert.

nahme eine Besitzergreifung, ein Willensakt[277]) nicht notwendig; es wird vielmehr auch hier der Besitz durch Erlangung der tatsächlichen Gewalt erworben. Wenn jemand z. B. Äpfel in einen Korb pflückt, ohne zu merken, daß der Ball, mit dem die Kinder im Nachbargarten spielten, in den Korb fiel, den Korb dann vielleicht nach Hause nimmt und tagelang stehen läßt, so hat er an dem Ball zweifellos nach § 854 Besitz erworben. Nun wird aber nach § 862 auch durch „Inbesitznahme" Besitz erworben; wäre Besitzerwerb und Inbesitznahme nicht gleichbedeutend, so müßte es im Bürgerlichen Gesetzbuch zwei verschiedene Arten von Besitz geben, was unbestritten nicht der Fall ist.

Sobald also der Grundstücksbesitzer oder ein Dritter den Besitz, bezw. die tatsächliche Gewalt über die auf das Grundstück gelangte Sache erworben hat, schützt § 867 den Sachbesitzer nicht mehr.[278])

Dafür ist, wie Planck[279]) hervorhebt, auch kein Bedürfnis vorhanden, da der Sachbesitzer in diesem Falle anderweit genügend geschützt ist; teils auf Grund eines Anspruchs auf Herausgabe oder eines Rechtes an der Sache, teils auf Grund früheren Besitzes, teils auf Grund der Besitzschutzvorschriften, wenn die Sache durch verbotene Eigenmacht des Grundstücksbesitzers auf das Grundstück gelangt sein sollte, oder wenn die Behinderung ihrer Natur nach eine vorübergehende und der Besitz des Sachbesitzers daher nicht aufgehoben war, mithin die Inbesitznahme durch einen andern sich als verbotene Eigenmacht darstellte.

Inhalt des Anspruchs ist nicht, wie in §§ 861, 862, ein positives Tun oder Lassen des Beklagten, auch nicht ein

---

[277]) So Planck a. a. O.; a. M. Strohal S. 67; Krahé S. 52; Gärtner S. 196 und die dort Zitierten.

[278]) Darin kann nach Sachlage ein Fall verbotener Eigenmacht zu erblicken sein; Strohal S. 66; Krahé S. 51.

[279]) § 867, 2 b.

Verfolgungsrecht wie in § 859,[280]) sondern nur ein Dulden der Aufsuchung und Wegschaffung. Dadurch ist nicht ausgeschlossen, daß der Grundstücksbesitzer durch eigenes Handeln sich von seiner Pflicht freimacht, indem er die Sache selbst aufsucht oder aufsuchen läßt und dem Sachbesitzer aushändigt. Indem auf diese oder auf andere Weise die Sache aus dem Grundstück hinaus wieder in die Gewalt des Sachbesitzers gelangt, wird der Anspruch gegenstands- und die Gestattung wirkungslos. Wenn sich das Gelangen der Sache auf das Grundstück als Besitzstörung darstellt, stehen dem Grundstücksbesitzer die ordentlichen Besitzschutzmittel zu. Die einmal erteilte Gestattung befugt den Sachbesitzer nicht bloß zur Abholung als solchen, sondern zu allen Eingriffen in den Besitz des Grundstücksbesitzers, welche zur Abholung erforderlich sind.[281])

Freilich auf seine — des Sachbesitzers — Kosten, und die Gestattung kann von einer Sicherheitsleistung für den voraussichtlichen Schaden abhängig gemacht werden. Doch gilt dies nur für den durch die Aufsuchung und Abholung der Sache anzurichtenden Schaden, nicht für den Schaden, der vielleicht dadurch entstanden ist, daß die Sache auf das Grundstück gelangt ist; in dieser Richtung wird vielmehr dem Grundstücksbesitzer ein Zurückbehaltsrecht zuzuerkennen sein. Für den durch die Abholung und Wegschaffung der Sache entstehenden Schaden haftet der Sachbesitzer kraft der bloßen Verursachung desselben, für den weiteren Schaden nur kraft Verschuldens nach §§ 823 ff.

Die Nichtleistung der verlangten Sicherheit durch den Sachbesitzer berechtigt den Grundstücksbesitzer, die Abholung bis zur Leistung zu verweigern; unter Umständen kann seine Weigerung sich als ein Fall gesetzlich gestatteter Eigenmacht darstellen.

---

[280]) Dernburg S. 85, 86; Bekker S. 20.

[281]) Strohal S. 54.

Die Einrede der mangelnden Sicherheitsleistung steht dem Grundstücksbesitzer nicht zu, wenn mit dem Aufschube der Gestattung, bezw. der Aufsuchung und Wegschaffung „Gefahr" verbunden wäre. Darunter ist zunächst Gefahr für die Sache zu verstehen. Das ist aber nicht ausgesprochen; man wird also jede andere dem Sachbesitzer drohende Gefahr, z. B. daß bei Aufschub die Kosten der Abholung oder der durch die Abholung anzurichtende Schaden sich erhöhen würden, gelten lassen müssen.[282])

§ 17.

D. Der Servitutenschutz.[283])

Über Voraussetzungen und Subjekte des Schutzes, den der Besitzer eines Grundstücks in der Ausübung einer für ihn im Grundbuch eingetragenen Grunddienstbarkeit gegen Störungen genießt (§ 1029), bezw. den derjenige, zu dessen Gunsten ein Grundstück in der Weise belastet ist, daß er berechtigt erscheint, das Grundstück in einzelnen Beziehungen zu benutzen, oder daß ihm eine sonstige Befugnis zusteht, welche den Inhalt einer Grunddienstbarkeit bilden kann, ist bereits oben in § 7 gesprochen.

Der Umfang des Schutzes richtet sich nach dem Umfang, in welchem die Dienstbarkeit im letzten Jahre ausgeübt worden ist, auch wenn sie grundbuchmäßig mit einem anderen, insbesondere einem weiteren Umfang bestellt ist;[284]) im übrigen nach den Vorschriften über Sachbesitz. Dabei ist unter Störung im Sinne des § 1029 sowohl die Behinderung als die völlige Verhinderung in der Ausübung der Dienstbarkeit zu verstehen;[285]) es finden

---

[282]) Über die Beweislast vgl. z. B. Bunsen S. 75.

[283]) Mot. S. 476.

[284]) Biermann § 1029, 2; Schmelzer S. 74.

[285]) Bartels S. 683; Planck § 1029, 4; Biermann § 1029, 1; Neumann § 1029, 3; Endemann II S. 118; Gärtner S. 163;

daher ebensowohl die Schutzvorschriften für Sachbesitzentziehung als für Sachbesitzstörung Anwendung.

Der aus der Dienstbarkeit Berechtigte hat demnach sowohl das Abwehrrecht gegen Störungen, als das Wiederbemächtigungsrecht gegenüber der Entziehung, als endlich die Besitzklagen nach §§ 861, 862.[286])

Entsprechend sind Einwendungen nur nach Maßgabe der §§ 863 ff. zulässig. Nach den Vorschriften über Sachbesitz richten sich auch die Regeln über Erlöschen und Ausschließung des Anspruchs.

Für die Übergangszeit kommt Art. 191 E.G. zum B.G.B. in Betracht.

Matthiaß II S. 109; anders R.G. Bd. 50 S. 9; Bunsen S. 84; Riso S. 34.

[286]) Auch §§ 861, 2, 862, 2 finden Anwendung, denn auch der Quasibesitz kann fehlerhaft sein.

Spezialdruckerei für Dissertationen Robert Noske, Borna-Leipzig.